Der Rechtsbegriff der durch Garantievertrag begründeten Garantie

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Richard Schuster

Kammergerichts-Referendar

1928

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Ohlau in Schlesien.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Eberhard Bruck

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

„Es ist von der äußersten Erheblichkeit, Erkenntnisse, die ihrer Geltung und Ursprung nach von anderen unterschieden sind, zu isolieren und sorgfältig zu verhüten, daß sie nicht mit anderen, mit welchen sie im Gebrauche gewöhnlich verbunden sind, in ein Gemisch zusammenfließen."

(Kant, Logik der reinen Vernunft, 2. Aufl. S. 870).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548228_0170

Inhaltsangabe.

§ 1. Der Rechtsbegriff im allgemeinen.
§ 2. Die Existenz des Rechtsbegriffes der durch Garantievertrag begründeten Garantie.
§ 3. Ziel und Zweck dieser Arbeit.
§ 4. Die Richtlinien für die Darstellung des Garantiebegriffs.

I. Abschnitt.

§ 5. Der Inhalt des Garantiebegriffs im allgemeinen.
§ 6. Ueber die grundwesentlichen Merkmale der Garantie.
§ 7. A. Entfernteres Gattungsmerkmal der Garantie: Schuldverhältnis.
§ 8. Näheres Gattungsmerkmal der Garantie: Sicherungs-Schuldverhältnis.
§ 9. B. Darstellung der Artmerkmale der Garantie.
§ 10. 1. Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Gläubigers.
a) Der Begriff der Gefahr.
§ 11. b) Tragung der Gefahr.
§ 12. c) Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars durch den Garanten.
§ 13. d) Andere Formulierungen der Garantieverpflichtung. Bevorzugung des Ausdrucks Gefahrtragung.
§ 14. 2. grundwesentliches Artmerkmal: Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten. Unentgeltlichkeit.
§ 15. 3. grundwesentliches Artmerkmal: Hauptschuld.
§ 16. Zusammenfassung der grundwesentlichen Artmerkmale. Definition.
§ 17. Garantie und verwandte Schuldverhältnisse. Garantie und Schenkung.
§ 18. Die abgeleiteten Wesensmerkmale der Garantie.
§ 19. Das Verhältnis von Schuld und Haftung in der Garantie.

II. Abschnitt.

§ 20. Der Umfang des Rechtsbegriffes der Garantie.
§ 21. Der sprachliche Sinn des Wortes „Garantie" verglichen mit dem des Wortes „Gewährleistung" im BGB.
§ 22. Einzelne Garantiefälle.

III. Abschnitt.

§ 23. Der Garantiegedanke in den Rechtsordnungen der alten Kulturvölker.
§ 24. Schlußwort.

Literatur.

Adler, Der Uebergang der Gefahr beim Handelskauf, Goldschm. Z. 72, 388 ff.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, 2 Bde., Leipzig, 1882—1895.

Apelt, Johannes, Der Forderungsgarantievertrag, Leipzig, 1915.

Apt, Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, 1907.

Averdunk, Georg, Der Garantievertrag, Gotha 1913.

Baeumker, Clemens, Anschauung und Denken. Paderborn, 1921.

Bendix, Die Haftung für den Rechtsbestand von Rechten (Forderungen). Zur Auslegung des § 437 I, BGB., ArchbürgR. 32, 323.

Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Gotha I, 1877; II, 1883.

Bindewald, Der Garantievertrag auf Forderungsausfall. Greifswald, 1911.

Boldt, Gerhard, Der Garantievertrag unter besonderer Berücksichtigung der Rückgriffsmöglichkeiten. Göttingen, 1922. (Diss. Masch. Schr.)

Braune, Der Garantievertrag. Rostock 1911.

Brückmann, Garantie-Versprechen. Gesetz und Recht, 1905, 79 ff.

Brunswig, Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers. Goldschm-Z. 56, 77 ff.

Bucerius, Garantiezeit und Verjährungsfrist. Gruchot 51, 740 ff.

Buch, Georg, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München, 1914.

Burkhard, Zum Begriff der Schenkung. Erlangen, 1899.

Canthal, Die Garantiezusage im täglichen Leben. Heidelberg, 1914.

Cohn, Georg, Zur rechtlichen Natur der Dividendengarantie, Holdheims Monatsschr. 2, 191.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena, 1911.

David, Aktiengesellschaft, Zinsgarantie. Holdheims Mon.Schr. 5, 319.

Dernburg, Die Phantasie im Recht. Berlin, 1894.
Dillmann, Der Garantievertrag. Marburg, 1910.
Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach röm. Recht und dem BGB. IherJ. 48, 241 ff.
Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsgebräuche. 3 Bde. Berlin, 1907, 1912, 1926.
Drobisch, Neue Darstellung der Logik. Leipzig, 1863.
Ebbecke, Gesetzesauslegung und Anwendung der Zusicherung. Recht. 1911, 817 ff.
Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache. Gruchot, 43 305 ff.
Eckstein, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur „Realschenkung". AzivPr. 107, 384.
Ehmcke, Wörterbuch des BGB. 3 Bde. Brandenburg a. H. 1900.
Ehrenberg, Versicherungsrecht. Bindings Hdb. d. deutsch. Rechtswissenschaft, Leipzig, 1893 (III, 4, 1).
Ehrenberg, Hinnebergs Kultur der Gegenwart, II, VIII, 118 f., Berlin/Leipzig, 1906.
Derselbe, Privatversicherungsrecht, Encykl. der Rechts- und Staatswissenschaften, von Kohlrausch-Kaskel-Spiethoff, XIII, Sonderdruck, Berlin, 1923.
Eltzbacher, Ueber Rechtsbegriffe. Berlin, 1900.
Erdmann, Logik. Berlin/Leipzig, 1923.
Foerster Otto, Der Kreditauftrag, Leipzig, 1903.
Frisch, Teutsch-latein. Wörterbuch, 2 Bde., Berlin, 1741.
Fuchs, Wilh., Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz, Hannover, 1920.
v. Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. Breslau, 1910.
Goldschmidt, S., Die Ausbietungsgarantie in der Bilanz der Terraingesellschaft. Holdh.Mon.Schr. 1913, 98 ff.
Gradenwitz, Wortverzeichnis zum BGB., Berlin, 1902.
Grell, Walter. Der Garantievertrag nach geltendem Privatrecht, Halle, 1910.
Grimm, Jakob, Deutsche Rechtsaltertümer, 2. Bde., Leipzig, 1899
Grimm, Jak. u. Wilh., Deutsches Wörterbuch, Leipzig, 1899 ff.
Grothaus, Der Garantievertrag, 1924, Greifswalder Dissertation (Masch.Schr.).
Guggenheim, Der Garantievertrag, Aarau, 1917.
Hachenburg, Rechtliche Natur der Dividendengarantie. Holdh.Mon. Schr. I, 102.

Hagemann, Zur Frage der Haftung des Verkäufers für Güte und Einbringlichkeit der verkauften Forderung. Recht 1908, 331 ff.
Hagen, Das Versicherungsrecht, Ehrenbergs Handbuch, des ges. HandelsR. Leipzig, 1922, Bd. 8, 1. Abt.
Hallbauer, Die Bürgschaft und verwandte Rechtsgebilde im Bankverkehr. BankArch. 1907, 1908, Nr. 20, 22, S. 338.
Hauck, Ueber Bürgschaft, ihre Arten und verwandte Verträge. Nach dem Recht des BGB. Leipzig, 1910.
Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und unentgeltlichem Geschäft. Ein Beitrag zur Causa-Lehre. Iher. J. 56, 86 ff.
Hecker, Herm., Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Versicherungsverträge, I, München, 1894.
Heusler, Institutionen des deutsch. Privatrechts. Bindings Hdb., Leipzig, 2 Bde., 1885, 1886.
Heyne, M., Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1905.
Holländer, Begriff der zugesicherten Eigenschaft. LeipzZ. 1913, 278.
Höniger, Gemischte Verträge in ihren Grundformen. Leipzig 1910.
Hupka, Jos., Der Begriff des Versicherungsvertrages. GoldschmZ. 66, 546 ff.
v. Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Leipzig 1884.
Isay, Herm. Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. IherZ. 48, 187 ff.
Kisch, Wilh., Handbuch des Privatversicherungsrechts. München/Berlin/Leipzig, 1920, 1922. Bd. II und III.
Kluckhohn, Ueber den Begriff der gemeinsamen Gefahr in § 20, zugleich der Lebensgefahr in § 17 des BGB. AzivPr. Bd. 107, 354 ff.
Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache. Berlin/Leipzig, 1924.
Knipp, Viktor, Der Garantievertrag, Bonn, 1912.
Köstlich, Der Kreditauftrag als Garantievertrag im römischen und bürgerlichen Recht. Würzburg, 1912.
Korn, Gibt es einen Garantievertrag? Recht 1907, 814.
Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht. Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung. Leipzig/Berlin, 1911.
Kramer, Albert, Die Gefahrtragung beim Kauf. Leipzig 1911.
Kremer, Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld, Straßburg, 1902.
v. Kries, Zeitschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. 12, 290.
Kroener, Garantievertrag und seine Abgrenzung von der Bürgschaft. Essen/Ruhr, 1911.

Krosta, Ueber den Begriff Versicherung. Berlin 1911.
Kruse, Adolf, Zur Lehre vom Garantievertrage, Cöln, 1913.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. für das deutsche Reich und des PrALR. Berlin, 1900, 2 Bde.
Levin, Otto, Zur Lehre vom Garantievertrage. Göttingen, 1921. (Masch.Schr.).
Lexer, Mittelhochdeutsches Handwörterbuch, Leipzig, 1869—1872.
Lippmann, Der Kreditauftrag des BGB. JherJ. 48, 315 ff.
Löwenstein, Alfred, Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff. Studien zur Methodologie der Rechtswissenschaft. München, 1915.
Manes, Versicherungswesen. Berlin-Leipzig, 1924, I.
Manigk, Alfred, Ueber Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. JherJ. 49, 459 ff.
Meinrath, Ludwig, Der Garantievertrag. Rostock 1910.
Meyer, Joh., Alfred, Die Dividenden- und die Zinsengarantien bei Aktiengesellschaften. Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Bd. 55, Aarau, 1915.
Meyer, Steen, Der Garantievertrag nach heutigem Recht. Greifswald, 1912.
Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. Berlin,1909.
Monsehr, Boto, Ueber den Garantievertrag. Königsberg, 1921. Diss. (Masch.Schr.)
Müller-Erzbach, R., Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Aziv. Pr. 106, 309 ff. und 109, 1 ff.
Derselbe, Deutsches Handelsrecht, 2. Teil, Tübingen, 1924.
Nußbaum, Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, etc. Tübingen, 1921.
Oertmann, Die Ausbietungsgarantie. DJZ. 1919, Sp. 228 ff.
Derselbe, Entgeltliche Geschäfte. München, 1912.
Opitz, Walter, Die Abhängigkeit der Bürgenhaftung mit besonderer Berücksichtigung der Hypotheken-Verordnung vom 8. 6. 1916, Zittau, 1918.
Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I. Teil. Das Recht des Altgriechischen Gemeindestaats. Leipzig/Berlin, 1909.
Pincus, Hans, Zur Lehre von den bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäften. Rostock, 1907.
Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. Leipzig, 1896.
Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Berlin, 1903. I. Teil: Ueber rechtswissenschaftliche Systematik.

Richter, Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis. Halle, 1909.
Rinck, Arno, Der Kreditauftrag des § 778 BGB. Erlangen, 1905.
Rothenberg, Der Kreditauftrag. AzivPr. 77, 323 ff.
Rümelin, Gustav, Juristische Begriffsbildung. Leipzig, 1878.
Rümlein, Max, Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen, 1910.
Derselbe, Der Zufall im Recht. Freiburg i. Br. und Leipzig, 1896.
Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme, AbürgR. 28, 81.
Salomon, Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg, 1907.
Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache. Leipzig, 1860.
Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, JherJ. 60, 106.
Schreuer, Deutsches Privatrecht. Stuttgart, 1921.
Schulz, Hans, Deutsches Fremdwörterbuch, Straßburg, 1913.
Schwenke, Fritz, Die Schadlosbürgschaft — fideiussio indemnitatis — in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Erlangen, 1912.
v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht. München, 1911.
v. Schwind, Schuld und Haftung im geltenden Recht. JherJ. 68, 1 ff.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis,, Leipzig, 1903.
Derselbe, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, JherJ. 50, 55 ff.
Sigwart, Christoph, Logik, Tübingen, 1924, 2. Bd.
Stammler, Der Garantievertrag, AzivPr. 69, 1 ff, 1886. (zit.: Stammler, aaO.)
Derselbe, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin/Leipzig, 1923.
Derselbe, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911; 2. Aufl. 1923.
Derselbe, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin, 1897.
Stampe, Ernst, Unsere Rechts- und Begriffsbildung. Greifswald, 1907.
Stein, Rudolf, Der Garantievertrag als Nebenvertrag. Marburg, 1911.
Stephan, Ernst, Ueber die Bürgschaft für nicht auf Geld gerichtete Verbindlichkeiten. Jena, 1911.
Stillschweig, Die Ausbietungsgarantie. JW. 1914, 334.
Stillschweig, Zur rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung des Ausbietungsabkommens. JW. 1919, 372.
Stucke, Deutsche Wortsippen. Bühl (Baden) 1925.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen BGB. München/Leipzig, 1918, II, 2.
Ueberweg, System der Logik. Bonn, 1857; 4. Aufl. 1874.

Unger, Jos., Handeln auf fremde Gefahr. Iher.J. 33,299 f.
Weber, Hans, Der Garantievertrag. Köln, 1923. (Masch.-Schrift.)
Weidemann, Der Kreditauftrag. GoldschmZ. 53,429 ff.
Weigand, Deutsches Wörterbuch. 3 Bde. Mainz, 1852.
Wendt, Rechtssatz und Dogma, Theorie und Praxis. Iher.J. 22,299.
Westerkamp, Wilh., Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin, 1908.
Wienstein, Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? AbürgR. 31, 1 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt/Main, 1906.
Würzburger, Ueber die Haftung des Zedenten für die Güte und Einbringlichkeit einer Forderung. Gruchot, 51, 721 ff.
Wundt, Wilh. Logik. Stuttgart, 1920, 1921, Bd. II und III.
Zschaler, Zum Unterschied von Ausbietungsgarantie und Bürgschaft. LeipzZ. 1919, 840 ff.

Außerdem habe ich die bekannten Lehr- und Handbücher sowie Kommentare zum BGB. und HR., die rechtswissenschaftlichen Zeitschriften, die Sammlungen der Entscheidungen des RG. und der OLGerichte, die Encyklopädien und Lexika benutzt.

§ 1.

Der Rechtsbegriff im allgemeinen.

Es kann nicht im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Arbeit liegen, eine ausführliche Lehre vom Begriff zu geben. Diese Aufgabe fällt der Logik zu. Ihre Ergebnisse in dieser Hinsicht sind nur für diese rechtswissenschaftliche Betrachtung nutzbar zu machen. Es sei daher nur einiges Grundsätzliche über den Begriff vom Standpunkt der Logik als Erkenntnislehre gesagt und das Gesagte auf Rechtsbegriffe angewendet.[1]

I. Alle Erkenntnisinhalte sind uns durch Vorstellungen gegeben.

Die Vorstellungen zerfallen nach der Eigenart ihrer Objekte in zwei grundwesentlich verschiedene Klassen, in Anschauungen und Begriffe.[2]

Die Anschauungen sind Einzelvorstellungen mit räumlicher oder zeitlicher Determination. Es wird in ihnen ein ganz bestimmter Einzelgegenstand vorgestellt; ich denke z. B. an ein ganz konkretes Pferd von bestimmter Größe, Gestalt, Rasse, Farbe, bestimmtem Alter, etwa das Rennpferd „Diana“. Diese Einzelgegenstände der Anschauung müssen aber nicht immer substanzielle Dinge sein. Auch ein Naturvorgang, eine Eigenschaft, ein räumliches oder zeitliches Verhältnis, eine Situation, können Gegenstand einer Einzelvorstellung sein.[3] Wir denken z. B. an einen ganz bestimmten Kaufvertrag zwischen A und B in Berlin über ein bestimmtes Perlenhalsband zum Preise von 80 000 RM.

Die Begriffe sind Allgemeinvorstellungen. Ihr Inhalt ist losgelöst, abstrahiert, von jeder räumlichen und zeitlichen Determination. Sie sehen damit von jeder Individualität ab und sind deswegen auf eine Vielheit anwendbar. Es enthält z. B. der Rechtsbegriff „das

---

1) Es wird hier nicht der Standpunkt der subjektivistisch-formalen Logik vertreten, (vgl. Kant, Logik, herausg. von Jäsche, 1800; Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., 1787, Vorr. VIII f.); ebensowenig ist der Ansicht gefolgt, welche die Logik mit der Metaphysik identifiziert. Die Logik ist hier im Sinne einer mittleren Meinung als Erkenntnislehre aufgefaßt, (vgl. Ueberweg, §§ 1, 3, 28, 41, 56, 137).

2) Baeumker, 11.

3) Baeumker 46; Erdmann 144.

Pfand" keine Besonderheiten eines bestimmten Pfandes. Das in diesem Begriff Vorgestellte läßt sich von jedem Pfande aussagen. Es läßt sich der Begriff „Vertrag" auf alle Verträge anwenden.

Die Begriffe enthalten ein Merkmal oder in der Regel einen Komplex von Merkmalen, die übereinstimmend in mehreren Vorstellungen wiederkehren.[4] Merkmale, notae, denominationes, sind die einzelnen Bestimmungen, die in den begrifflichen Allgemeinvorstellungen von einander unterschieden werden können. Sie sind teils ursprüngliche, constitutivae, teils abgeleitete, consecutivae.[5]

Die Begriffe sind entweder vom unwissenschaftlichen oder vom wissenschaftlichen Denken gebildete Begriffe.[6]

Die unwissenschaftlichen sind die Begriffe des täglichen Lebens. Sie lassen es oft an der Deutlichkeit und Klarheit fehlen, welche die Logik von jedem Begriffe fordert. Zur Deutlichkeit des Begriffes gehört, daß seine Merkmale von einander geschieden sind. Begriffe sind klar, wenn sie von anderen Begriffen geschieden werden können.[7] „Eine klare und deutliche Auffassung der Gegenstände ist . . . . das nächste Merkmal, welches diese (die wissenschaftliche Untersuchung) von der gewöhnlichen praktischen Betrachtung der Dinge unterscheidet".[8] Am leichtesten läßt sich diese Tatsache daraus erkennen, daß von der praktischen Weltanschauung[9] oft ein und dasselbe Wort als Zeichen für die verschiedensten begrifflichen Vorstellungen gewählt wird. Es sei hier nur an das Wort „Garantie" erinnert. Durch Undeutlichkeit und Unklarheit aber sind die Begriffe unbestimmt und schwankend.

Vor allem aber bieten die unwissenschaftlichen Begriffe keine Gewähr für ihre objektive Richtigkeit. „Beim unwissenschaftlichen Denken entwickelt sich die gedankliche Ordnung der Gegenstände nach deren sinnfälligsten Merkmalen."[10] Die Merkmale dieser Begriffe sind oft subjektiv bedingt durch Vorurteile, Denkgewohnheiten und Einmischung von Gefühlen. Diese Begriffe können daher auf Allgemeingültigkeit keinen Anspruch machen. Sie haben ihre Begründung in der Regel nicht in den sachlichen Verhältnissen, sondern in subjektiven Auffassungen.

---

4) Ueberweg § 51; Erdmann 55; Baeumker 12, Anm. 2.
5) Erdmann 171 f.
6) Rümelin 10 f; 38, spricht von Begriffen, „die im Laufe des natürlichen Denkens entstanden sind", und von logischer Präzisierung dieser Begriffe durch die Wissenschaft, vgl. auch Sigwart I, 329.
7) Erdmann 190; Ueberweg § 48.
8) Wundt II, 2; Erdmann 191.
9) Praktische Weltanschauung = die sich ineinander verschlingenden Ergebnisse des unwissenschaftlichen Denkens nach Gehalt und Ziel: Erdmann 5.
10) Erdmann 5.

Der regelmäßige Mangel an Deutlichkeit und Klarheit sowie der Sachlichkeit bei unwissenschaftlichen Begriffen hängt mit ihrem weiteren Mangel zusammen, daß sie in ihrer Gesamtheit nur eine ungeordnete Summe von Begriffen darstellen. Sie bilden keine einheitlichen, logisch geschlossenen Zusammenhänge. Durch das Fehlen dieser Zusammenhänge stehen sie isoliert da. Sie lassen so das Bedürfnis des Denkens nach einheitlicher Zusammenfassung aller Erkenntnisinhalte unbefriedigt. Damit aber fehlt es auch an einer tieferen Einsicht in den Inhalt der Begriffe selbst, wenn sie auch manchmal durch einen glücklichen Instinkt ausnahmsweise objektiv richtig gebildet sind. Erst durch die Einordnung der Begriffe in die Einheit des Denkens wird die tiefere Einsicht in ihren Inhalt ermöglicht und dieser endgültig in seiner objektiven Richtigkeit durch die Denkgesetze beglaubigt. In dieser Hinsicht sagt Wundt[11] von den natürlichen Rechtsbegriffen: „Der natürlichen Begriffsbildung ... fehlt es, so sicher sie sich durch einen glücklichen Instinkt die verschiedenen Rechtsgebiete und Rechtsfälle im ganzen zu ordnen weiß, durchaus an einer tieferen Einsicht in die Entstehung und den Inhalt der Rechtsbegriffe."

Die natürlichen Begriffe erhalten ihre Vollendung durch die kunstgerecht gebildeten Begriffe der Logik. Für diese sind die unwissenschaftlichen Begriffe die Voraussetzung, gleichsam das Rohmaterial.[12]

Die wissenschaftlichen Begriffe erfüllen zunächst die Anforderung der Logik, daß die Allgemeinvorstellungen deutlich und klar sein müssen. Ihre Elemente in der Vorstellung selbst sind von einander scharf geschieden, fließen nicht ineinander. Sie sind auch klar, gegen andere Vorstellungen scharf abgegrenzt.[13]

Sie enthalten ferner nicht irgendwelche Merkmale, die von einer subjektiven Auffassung für notwendig erachtet werden. Sie enthalten vielmehr diejenigen und nur diejenigen Merkmale, welche objektiv notwendig sind.

Die Gesichtspunkte für diese Wertung der Merkmale des Begriffes gibt die Einzelwissenschaft an. Jede Wissenschaft ist ein einheitlicher, logisch und methodisch geordneter Zusammenhang wertvoller Erkenntnisse, ein System.[14] Von einem leitenden Grundgedanken aus bestimmt jede Wissenschaft mit Hilfe des Gedankens von der

---

11) III, 615 f.
12) Sigwart I, 329; Hecker 14 ff.
13) Ueberweg § 48; Erdmann 190 f.
14) Erdmann 10 ff; Eltzbacher 15, 21, 25: „Wissenschaft ist ein System von Begriffen". Stammler, RPh. 6, Anm. 9; 16; 172, Anm. 1.

Einheit der Substanz, auf Grund kausaler und teleologischer Erwägungen die Merkmale, welche ihre Begriffe notwendig enthalten müssen. Zu diesem Zweck abstrahiert sie von den Elementen der Allgemeinvorstellung diejenigen, welche nach Maßgabe ihres Zusammenhanges wichtig erscheinen und in mehreren Vorstellungen übereinstimmend wiederkehren. Diese erhebt sie in den Blickpunkt des Bewußtseins,[15] während sie von den anderen Elementen als solchen, die dasein oder auch fehlen können, absieht. Diese so abstrahierten Merkmale sind die für sie bleibenden, konstanten, notwendigen Merkmale zur Bestimmung ihrer Gegenstände.[16] Sie sind objektiv notwendig, weil sie in der Sache begründet, nicht subjektiv bedingt sind. Die Logik bezeichnet diese konstanten Merkmale des Begriffs auch als wesentliche Merkmale.[17]

Durch weitere Abstraktion von Merkmalen aus dem Inhalt mehrerer Begriffe steigt die Wissenschaft zu allgemeineren Begriffen auf. Durch Determination, d. h. sachgemäße Hinzufügung von neuen Vorstellungselementen, vermehrt sie die Merkmale eines Begriffs und bildet so minder allgemeine Begriffe. Die Neubildung gültiger Begriffe durch Determination setzt Einsicht in das logische Abhängigkeitsverhältnis der Merkmale voraus.[18]

Durch die objektive Notwendigkeit der Merkmale sind die wissenschaftlichen Begriffe ihrem Inhalt nach logisch richtig. Als richtig gedachte Begriffe müssen sie von allen anerkannt werden, sie sind allgemeingültig.

Durch die Abstraktion und Determination entsteht in jeder Wissenschaft ein stufenweise geordneter, sachlich begründeter Zusammenhang ihrer Begriffe.[19] Die logisch gerechtfertigte Einreihung eines Begriffes in diesen geschlossenen Zusammenhang ist eine weitere Bestätigung der objektiven Notwendigkeit seiner Merkmale und seine endgültige Beglaubigung als Begriff dieser Wissenschaft.[20]

---

15) Wundt II, 11.

16) Sigwart I, 333, 365; Baeumker 12, Anm. 2.

17) Ueberweg 62; zu unterscheiden ist das metaphysische und das logische Wesen der Dinge. Das erste besteht in der realen Inhärenz der Elemente eines Dinges, das logische Wesen in der gedachten Immanenz der Merkmale eines Gegenstandes, eines Vorstellungsobjektes. Das Verhältnis der realen Inhärenz zur logischen Immanenz ist das Verhältnis des Musterbildes zum Abbild. Die Erkenntnis der realen Inhärenz ist die Entwicklungsgrundlage für das Denken der logischen Immanenz. Wird bei diesem allen Anforderungen der Logik als Erkenntnislehre, den logischen Gesetzen des äußeren und inneren Wahrnehmens sowie des Denkens zugleich genügt, so kann auch die materielle Wahrheit im Sinne der Uebereinstimmung des Gedachten mit der Wirklichkeit nicht fehlen. Erdmann, 5, 10, 89, 93, 152, 187; Ueberweg § 3, auch S. 51; Baeumker 113; Schleiermacher, Dialektik, herausg. v. Jonas, 487. — Aristoteles hat metaphysische und logische Wesenheit noch nicht streng geschieden; vgl. Zeller, Philosophie der Griechen, II, 2[3]; 205 ff.

18) Ueberweg §§ 51, 52.

19) Ueberweg § 55.

20) Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, 269.

II. Die Rechtsbegriffe sind die Allgemeinvorstellungen der Rechtswissenschaft. Beispiele hierfür sind leicht aus den Titelüberschriften des BGB. zu entnehmen. Dieses hat auch eine ganze Reihe von Begriffen definiert.[21]

Die wissenschaftlichen Rechtsbegriffe sind zunächst auf deutliche und klare Vorstellungen gegründet, wie es die Logik fordert.[22] „Eine klare und deutliche Auffassung der Gegenstände ist die Grundbedingung der wissenschaftlichen Untersuchung.“[23]

Die Merkmale der Rechtsbegriffe sind die logisch wesentlichen Merkmale. Jedem Juristen ist die Unterscheidung der Essentialia und Accidentalia im Inhalt eines Rechtsgeschäftes geläufig. Die Essentialia sind diejenigen Begriffsmerkmale, welche die Logik als die konstanten oder wesentlichen fordert. Auch die Begriffe des Strafrechts wie Totschlag, Mord, Diebstahl und andere enthalten die wesentlichen Merkmale im rechtlichen Tatbestand der Delikte. Gerade die Rechtsbegriffe zeichnen sich durch ihre präzise logische Form und Vollendung aus, wie Wundt[24] wiederholt betont.

Sie bilden in ihrer Zusammengehörigkeit den von jeder Wissenschaft zu fordernden systematischen Zusammenhang und bieten die Gewähr sachlicher Richtigkeit und der Allgemeingültigkeit.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus ist Eltzbachers[25] Ansicht nicht zutreffend, daß die Rechtsbegriffe nur die Begriffe von Rechtsnormen seien. Diese sind die Gebote und Verbote des Rechts.[26] Sie erscheinen in der Regel in der logischen Form des Urteils;[27] sie setzen Rechtsbegriffe voraus und enthalten solche, sind aber nicht allein die Begriffe der Rechtswissenschaft. Zitelmann[28] bestimmt in diesem Sinne die Rechtsbegriffe als Bestandteile der Rechtssätze. Im übrigen gibt es Rechtsbegriffe, die nicht Begriffe von Normen sind, wie z. B. der Begriff des Erbscheins, der juristischen Person, der Waffe im strafrechtlichen Sinne.

Das Gleiche ist von der Ansicht Windscheids[29] zu sagen, daß die Rechtsbegriffe die Rechtssätze seien.

Auch die Definition Radbruchs,[30] Rechtsbegriffe seien die subjektiven Rechte, Rechtspflichten, Rechtsverhältnisse, ist zu eng, wie

21) z. B. BGB. §§ 93, 121, 166, 183, 184, 194, 273, 274, 383, 421, 858, 868, 1922, 1924, 1937, 1939, 1940, 1941.
22) Baeumker 15; Ueberweg § 48.
23) Wundt II, 2.
24) II, 7, 18/19, 44; III, 571.
25) S. 33.
26) Binding, Handbuch des Strafrechts, § 30 II.
27) Enneccerus § 27, II, auch Anm. 8 und 9.
28) Irrtum und Rechtsgeschäft, 1897, S. 17.
29) Pand. 7, Aufl. 1891, I § 24.
30) S. 32 ff.; 55, 66; Radbruch unterscheidet „rechtlich relevante Begriffe“, die in

sich aus dem eben Gesagten ergibt. Gerade das Strafrecht enthält Rechtsbegriffe, die kein Rechtsverhältnis sind, z. B. der Begriff der Waffe, der Urkunde, des Verbrechens, Vergehens, der Uebertretung, des Versuchs, des Rücktritts vom Versuch, des Vorsatzes, des Irrtums, der Ursache.

Nach Stammler[31] geht das Begreifen, auch im Recht, darauf hinaus, etwas noch Unbestimmtes deutlich zu erfassen und in seinen bleibenden Bedingungen abgegrenzt zu bestimmen; jeder Rechtsbegriff ist ihm die Zusammenfassung eines besonderen Willensinhaltes in der Art, wie sie durch die Grundbegriffe des Rechts ermöglicht wird. Dadurch füge sich ein solcher Rechtsbegriff erst in die Einheit der Rechtsbetrachtung ein und erhalte seine Beglaubigung als Rechtsbegriff. Damit stimmt die hier vertretene Ansicht überein.

Die Rechtsbegriffe sind, logisch näher bestimmt, synthetische Begriffe. Ihr Inhalt wird nicht wie der der analytischen Begriffe aus der Erfahrung gewonnen, sondern geht aus einer Konstruktion des Denkens hervor.[32] Sie sind aber praktischer Natur[33] und dazu bestimmt, zur Regelung und Ordnung des Wirklichen zu dienen nach Prinzipien, die vom Denken aufgestellt sind. Sie können daher auch als normative Begriffe bezeichnet werden. Weil solche Begriffe nicht unmittelbar durch die Erfahrung geboten sind und dadurch der unmittelbaren Kontrolle durch die Wirklichkeit entbehren, so stellt an sie die Logik eine besondere Forderung: Sie müssen so gebildet werden, daß sie geeignet sind, zur erfahrungsgemäß gegebenen Welt in Beziehung zu treten. Sie müssen von dem teleologischen Gesichtspunkt der Verwendbarkeit beherrscht werden.[34]

Gegenüber wissenschaftlichen Rechtsbegriffen, die streng nach den logischen Regeln gebildet sind, ist daher niemals die Besorgnis ge-

---

den Rechtssätzen enthalten sind, und „Rechtsbegriffe“, d. h. Begriffe von dem Inhalt der Rechtssätze. Die letzten sind dann die Begriffe der verschiedenen subjektiven Rechte (Rechtspflichten, Rechtsverhältnisse). — Es erscheint aber nicht als praktisch, nur die Begriffe von subjektiven Rechten als Rechtsbegriffe, alle anderen Rechtsbegriffe aber nur als rechtlich relevante zu bezeichnen. Das Wort „Recht“ umfaßt mehr als nur das subjektive Recht. Zur Systematisierung des Rechts erscheint die Klassifikation der Rechtssätze im Sinne Radbruchs nicht als ausreichend. Vgl. auch Stammler, Rechtsphil., § 122; §§ 109 ff., bes. §§ 112, 113.

31) Stammler, Theorie der R.W., 279/280; Rechtsphilos. 244 ff.

32) Vgl. Enneccerus, § 65 III; auch die Konstruktion des Begriffs Hypothekar in BGB. §§ 892, 1138.

33) Wundt, III, 571: „Die Jurisprudenz ist die in eminentem Sinne praktische Wissenschaft“.

34) Ueberweg 60 ff., Enneccerus § 21 A. 9a. E.; Loewenstein, 5: „Jeder Art von wissenschaftlicher Betrachtung ist das gemeinsam, daß sie sich am Leben, am Tatsächlichen orientiert. Nach dieser Orientierung erfolgt die Begriffsbildung.“ — Vgl. auch Sigwart I, 364: „Ebenso ist der Begriff der Uhr ein Zweckbegriff und der Begriff eines Apparates, welcher die Zeit durch räumliche Veränderungen mißt; für den Begriff „Uhr“ ist es akzidentell, wie sie konstruiert ist, wenn sie nur ihren Zweck erfüllt. Hier geht also in der Tat der subjektive Begriff mit seinen Merkmalen der Realität voran.“

rechtfertigt, sie könnten dem Leben abgewandte, um die praktischen Folgen unbekümmerte Begriffe sein. Sie vernachlässigen die Bedürfnisse des Lebens, die ethischen Anschauungen, den Zweck des Rechts, die Wirklichkeit zu ordnen, keineswegs um der Folgerichtigkeit und vermeintlichen Unveränderlichkeit der Begriffe willen. Begriffe, auf welche dieses nicht zuträfe, wären allerdings ein Begriffsmißbrauch, der den Spott verdiente, den Ihering[35] im „Begriffshimmel" solchen Begriffen zuteil werden läßt.

Andererseits „ist das Verschwinden der scharfen Rechtsbegriffe der Tod des Rechtslebens."[36] Denn die wissenschaftlichen Rechtsbegriffe schaffen erst die Rechtssicherheit, sie regulieren das sonst rein subjektive Billigkeitsgefühl, sind notwendig zur didaktischen Ueberlieferung eines hochentwickelten Rechts und ermöglichen die Rechtsanalogie.[37] „Die Aufgabe, juristisch brauchbare Begriffe im logischen Sinne zu schaffen, gehört zu den wichtigsten, die der Jurisprudenz obliegen.[38]

§ 2.

Die Existenz des Rechtsbegriffes der durch Garantievertrag begründeten Garantie.

Die nächste Frage, die sich einstellt, ist die: Gibt es einen besonderen Rechtsbegriff der durch Garantievertrag begründeten Garantie oder soll er erst gefunden werden? Die Antwort lautet: Dieser Rechtsbegriff ist da. Es kann sich in der vorliegenden Arbeit nicht darum handeln, ihn erst zu finden.

Schon vor 40 Jahren hat Stammler in seiner Abhandlung über den Garantievertrag (im 69. Bd. des Archivs für die zivil. Praxis) diesen Begriff wissenschaftlich herausgearbeitet. Vorher herrschte eine gewisse Unsicherheit in der Beurteilung von Garantieen. Stammlers Augenmerk war zwar in erster Linie darauf gerichtet, den Garantievertrag gegen ähnliche Verträge abzugrenzen und ihn als eine besondere Vertragsart nachzuweisen. Das konnte aber nur geschehen, indem er den Inhalt dieses Vertrages, die Besonderheit der Garantie, eingehend darlegte. Implicite war damit der Begriff der Garantie gewonnen, wenn er auch nicht als solcher besonders zur Darstellung gelangte.

Von Stammler angeregt und durch ihn geführt ist dann der Garantievertrag noch oft wissenschaftlich behandelt und nach allen

35) Scherz und Ernst, 247 ff.
36) Jellinek, Staatenverbindungen S. 15.
37) Enneccerus § 21, Anm. 9; §§ 54, II.
38) Rümelin, 18.

Seiten erörtert worden, sodaß auch der Begriff der Garantie eine immer deutlichere Erfassung und schärfere Abgrenzung gegen andere Vertragsinhalte erfahren hat.

Erwähnt sei die Arbeit Canthals, welche den Begriff der Garantie als vertraglicher Nebenabrede beim Kauf, Werkvertrag, Mietvertrag klar gestellt und so wesentlich zur Isolierung der durch Garantievertrag begründeten Garantie von den als Garantie bezeichneten vertraglichen Nebenabreden beigetragen hat.

Durch zwei bedeutende Werke der neueren Zeit hat dann die Klärung des Garantiebegriffes eine besondere Förderung erfahren.

Partsch hat in seinem Werk „Das griechische Bürgschaftsrecht" (1909) nachgewiesen, daß dieses eine Garantie gewesen ist; durch die eingehende Darstellung der Bürgschaft tritt auch das Wesen der Garantie deutlich hervor. Ihr werden von Partsch besondere Kapitel gewidmet.[1]

Koschaker hat dann (1911) das babylonisch-assyrische Recht in gleicher Richtung durchforscht wie Partsch das griechische. Auch Koschaker weist nach, daß Bürgschaft und Garantie im babylonisch-assyrischen Recht zunächst ein und dasselbe waren. Im Laufe der späteren Entwicklung gingen beide ihre eigenen Wege. Koschaker widmet gleichfalls den Garantieverträgen eigene Kapitel.[2] Die ständige Gegenüberstellung von Bürgschaft und Garantie ist der Klärung beider Begriffe besonders förderlich.

Ein weiteres großes Werk, das sich allerdings nicht unmittelbar mit dem Garantievertrage befaßt, aber mit der ihm verwandten Versicherung, ist das Handbuch des Privatversicherungsrechts von Kisch. In diesem Werk ist vor allem der Gefahrbegriff einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung unterzogen, freilich unter dem besonderen Gesichtspunkt der Versicherungsgefahr. Bei der Bedeutung des Begriffes „Gefahr" für die hier behandelte Garantie sind die Feststellungen durch Kisch auch für die Klarlegung des Rechtsbegriffs der Garantie von Wichtigkeit.

In Hupkas Abhandlung über den Begriff des Versicherungsvertrages (1910), in Ehrenbergs und Hagens Versicherungsrecht, sind gleichfalls wertvolle Anhaltspunkte für die Beurteilung des Wesens der Garantie zu finden. Das Gleiche gilt von den Werken von v. Amiras und v. Gierkes über Schuld und Haftung.

---

1) § 28: „Garantieverträge", S. 304 ff.; § 35: „Einstandsversprechen und Garantieverträge", S. 389 ff.

2) § 15: „Die Bürgschaft als Garantie (Erfolgshaftung)", S. 148 ff.; § 16: „Die Bürgschaft als Garantie gegen Ansprüche Dritter usw." S. 167 ff.

So hat die Rechtswissenschaft teils unmittelbar, teils mittelbar den Rechtsbegriff der Garantie geschaffen.

Die Rechtsprechung der neueren Zeit hat den Garantievertrag als selbständigen Vertragstypus anerkannt und ihn von Bürgschaft und anderen Verträgen getrennt.[3]

Wissenschaft und Rechtsprechung lassen an der Existenz des Rechtsbegriffs der Garantie keinen Zweifel.

Das BGB hat den Garantievertrag nicht geregelt. Den Grund hierfür geben die Motive zum BGB. an.[4]

Der Garantiebegriff hat sich zunächst im Gewohnheitsrecht als unwissenschaftlicher Begriff durchgesetzt und ist dann durch Wissenschaft und Rechtsprechung präzisiert und zu einem wissenschaftlichen Rechtsbegriff erhoben worden.

§ 3.

Ziel und Zweck dieser Arbeit.

Es hat bisher die Garantie im Gegensatz zu den zahlreichen Abhandlungen über den sie begründenden Vertrag eine genaue und vollständige Darstellung im einzelnen noch nicht gefunden. Diese ist das Ziel der vorliegenden Arbeit. Diese Darstellung ist analytischer Natur.[1] Sie hat unter Anwendung der Regeln der reinen oder allgemeinen Logik auf den Begriff einer Einzelwissenschaft den Inhalt dieses Begriffes auseinanderzulegen. Eine solche Begriffsentfaltung setzt das Vorhandensein einer Terminologie der Einzelwissenschaft voraus.[2]

Zur Begriffserklärung gehört ferner die Erläuterung seines Umfangs. Die Jurisprudenz ist eine im eminenten Sinne systematische Wissenschaft.[3] Ihre Begriffe gehören in einen einheitlichen Zusammenhang, stehen in einem bestimmten Verhältnis zu neben- und übergeordneten Begriffen. Auch dieses Verhältnis wird zu erörtern sein.

---

3) z. B. RG. 82, 339; 90, 418; 103, 77; Warn. 1913, No. 279; J.W. 1914, 590, 780; 1919, 241; Leipz. Z. 1920, 404 ff; J.W. 1920, 427; 1921, 828.

4) II, 858: „Der Bürgschaftsvertrag läßt sich als ein besonderer Fall des Garantievertrages auffassen . . . . Der Garantievertrag entzieht sich auch wegen Verschiedenheit der Verträge, welche eine Garantieleistung zum Inhalt haben, der allgemeinen Regelung." Verwiesen wird hierzu in einer Anmerkung auf Windscheid, § 412, 2. — Dieser Standpunkt wird erklärlich, wenn die eingehende Darstellung der historischen Entwicklung des Garantievertrages bei Stammler, Arch. ziv. Pr. 69, 52 ff. herangezogen wird. — Uebrigens haben auch Code civ. sowie das Schweizer Obligationenrecht den Garantievertrag nicht geregelt. Vgl. J. A. Meyer, 31.

1) Sigwart I, 379 f; Ueberweg § 61; Wundt III, 615 f.

2) Sigwart, I. 384 f.

3) Wundt, III, 617.

Der Zweck dieser Arbeit ist sonach zunächst, einen Beitrag zur Methodik der Rechtsbegriffe zu leisten.

Klare Begriffsdefinitionen sind ferner die Voraussetzung einer richtigen Rechtsprechung. Besteht diese in der zutreffenden Subsumption unter die rechtlichen Tatbestände, so müssen diese klar und deutlich sein. Die Darstellung von Rechtsbegriffen verfolgt daher auch den praktischen Zweck, die Rechtsprechung zu erleichtern. Die praktische Bedeutung der wissenschaftlichen Rechtsbildungen liegt hauptsächlich in der Verallgemeinerung der Rechtsideen, die immer zugleich eine Vereinfachung ist.[4] Diese ist gerade in der Rechtswissenschaft von besonderem Nutzen, da sie es mit Ordnung und Regelung der verwickeltesten Verhältnisse des menschlichen Verkehrs und des willkürlichen Handelns zu tun hat. Praxis und Wissenschaft bedingen einander wechselseitig.[5]

Die Darstellung eines Rechtsbegriffs erfüllt auch den Zweck, eine Nachprüfung darüber zu ermöglichen, ob der von der Rechtswissenschaft gebildete Begriff in der Erfahrungswelt verwendbar ist. Aus seiner Definition läßt sich erkennen, ob er den Interessen, denen er dienen oder die er ausgleichen soll, wirklich gerecht wird.[6]

Die vorliegende Arbeit soll ein Versuch sein, die angegebenen Zwecke durch Darstellung des Rechtsbegriffes der Garantie zu verwirklichen.

§ 4.

Die Richtlinien für die Darstellung des Garantiebegriffes.

Der Garantiebegriff ist als wissenschaftlicher Rechtsbegriff eine logisch qualifizierte Allgemeinvorstellung des Rechts. Die Richtlinien für seine Darstellung sind daher aus der reinen Logik, angewandt auf die Rechtswissenschaft, zu entnehmen.

Wie bereits erwähnt, unterscheidet die Logik beim Begriff Inhalt und Umfang desselben.

Es soll demgemäß im 1. Abschnitt der Inhalt der Garantie dargestellt werden.

Den Inhalt des Garantiebegriffes bilden seine logisch wesentlichen Merkmale.[1] Es wird bei ihrer Darstellung darauf ankommen,

4) ebd. 572.

5) „Nur kurzsichtige Geister legen eine Grenze zwischen Wissenschaft und Technik oder Praxis. Wer bloß auf das Praktische abstellen will, verläuft im Sande." Alb. Heine, Vaterländische Naturforschung, Bern, 1917, S. 33; zit. bei Fuchs, 69; vgl. auch Ihering, Scherz und Ernst, S. 326.

6) Enneccerus § 21, II.

1) Ueberweg, §§ 50, 53; Erdmann, 171 ff.; Sigwart I, 360; Stammler, Rechtsphil. 247.

sie in die grundwesentlichen und die abgeleiteten Wesensmerkmale zu scheiden. Die ersten sind diejenigen Merkmale, welche notwendig, aber auch ausreichend sind, die Garantie von anderen Rechtsbegriffen scharf abzugrenzen.[2] Es sind die den Begriff konstituierenden,[3] die typischen Merkmale, die auch fundamental-wesentliche[4] genannt werden. Diese müssen vor allem erkannt sein, wenn der Begriff ein feststehender, nicht mehr schwankender sein soll.[5]

Die abgeleiteten Wesensmerkmale sind jene, welche mit den grundwesentlichen Merkmalen und nur mit diesen notwendig verknüpft sind. Sie sind in den grundwesentlichen Merkmalen enthalten und notwendige Folge derselben.[6]

An die Darstellung des Inhalts des Garantiebegriffes soll sich eine Definition der Garantie schließen.

Im 2. Abschnitt dieser Arbeit wird dann der Umfang der Garantie zu erörtern sein.

Schließlich soll in einem 3. Abschnitt ein kurzer geschichtlicher Rückblick zeigen, daß die Wurzeln des Garantiebegriffs bereits im babylonisch-assyrischen, griechischen, römischen und germanischen Recht liegen.

§ 5.

I. Abschnitt.

Der Inhalt des Garantiebegriffs im allgemeinen.

Die Garantie ist die durch den Garantievertrag begründete Verpflichtung zu einer Leistung. Mit der Frage, worin diese im allgemeinen besteht, haben sich alle Verfasser von Abhandlungen über den Garantievertrag sowie die Judikatur befaßt. Es ist daher zweckmäßig, herauszuheben, was in diesen Quellen an charakteristischen Merkmalen der Garantieverpflichtung erwähnt wird.

Vorher seien zur Unterstützung der Anschauung und Illustrierung des Garantiebegriffes einige Beispiele angeführt.[1]

1. Im Jahre 1896 wurde in Berlin eine Gewerbeausstellung veranstaltet. „Behufs Deckung eines etwaigen Fehlbetrages wurden demnächst von einer größeren Anzahl von Personen Garantie-Zeichnungen entgegengenommen.“ Im Zeichnungsschein zum Garantiefonds

---

2) Ueberweg, § 56; Sigwart I, 387 ff.; Baeumker, 12, Anm. 2.
3) Erdmann, 185.
4) Sigwart I, 367.
5) Ueberweg § 56.
6) Erdmann, § 174 ff.; Sigwart I, 367; Ueberweg § 56.
1) Vgl. Dernburg, Die Phantasie im Recht, Berlin, 1894, S. 37.

der Berliner Gewerbe-Ausstellung heißt es nun: „Der Garantie-Fonds soll nur zur Deckung eines etwaigen Fehlbetrages bei dem Unternehmen dienen. Er darf also nur in Anspruch genommen werden, insofern und insoweit die aus dem Unternehmen selbst fließenden Einnahmen . . . und die Zuschüsse zur Deckung der Ausgaben des Unternehmens nicht ausreichen. Ist der Fehlbetrag geringer als die Gesamtsumme des Garantiefonds, so haften die Zeichner nach Verhältnis der gezeichneten Beträge, in keinem Falle kann aber ein Zeichner über den gezeichneten Betrag hinaus in Anspruch genommen werden. Auf etwaige Ueberschüsse des Unternehmens haben die Zeichner keinen Anspruch, — —... als berechtigt steht den Zeichnern der aus den Herren N. N. bestehende Arbeitsausschuß der Berliner Gewerbe-Ausstellung 1896 gegenüber. Der Gesamtvorstand der Berliner Gewerbe-Ausstellung 1896 ist deshalb berechtigt, nach Aufstellung der Schlußrechnung des Unternehmens die gezeichneten Beträge, soweit erforderlich, durch den Arbeitsausschuß anzufordern, und sind alsdann die Zeichner verpflichtet, binnen 14 Tagen nach Empfang Zahlung zu leisten." Die Zeichner wurden auf Zahlung verklagt und verurteilt, ihre Revision wurde zurückgewiesen. Das Reichsgericht sagt in den Entscheidungsgründen über den Garantievertrag Folgendes: „Die ökonomische Bedeutung des Garantievertrages besteht in der unentgeltlichen Uebernahme des Risikos für eine fremde Unternehmung, deren Ausführung durch sie ermöglicht oder erleichtert werden soll. Ganz wesentlich eine Schöpfung der gesteigerten Verkehrsentwicklung der letzten Jahrzehnte, kann er nicht einfach in einer der vom römischen Recht durchgebildeten Vertragsschablonen untergebracht werden. Er steht unter seinem eigenen Recht, dessen Entwicklung noch nicht zum Abschluß gelangt ist."[2]

2. Der Beklagte hatte eine schriftliche Erklärung des Inhalts ausgestellt: „Der Endesunterzeichnete N. N. übernimmt hiermit die Haftung, daß die von X. ausgestellten Wechselakzepte über 10 000 M. am Verfalltage pünktlich eingelöst werden;" dieser Inhalt im Zusammenhang mit den Umständen des Erwerbs der Blankoakzepte läßt erkennen, daß der Beklagte nicht sowohl als Bürge dafür eingestanden ist, daß der Wechselschuldner die von ihm eingegangenen Wechselverbindlichkeiten erfüllen, sondern vielmehr schlechthin nach seiner Erklärung dafür aufkommen sollte und wollte, daß die Wechsel am Verfalltage eingelöst werden, m. a. W., daß Kläger die Wechselsumme am Verfalltage erhalte. Daher Garantievertrag

2) RG. i. J.W. 1899, 211 ff.; (Entsch. v. 18. 1. 1899)

und nicht Bürgschaftsvertrag. (Planck, BGB. 509, III; Goldmann-Lilienthal, BGB. 811, Note 2.)“[3]

3. Der Staat garantiert einer Aktiengesellschaft z. B. für Eisenbahnbau dafür, daß der Betrieb einen bestimmten Betrag abwerfen werde; Dividendengarantie.[4]

4. Eine Stadt stellt einen Arzt an gegen ein festes, nicht hohes Gehalt; als Gegenleistung muß der Arzt die Behandlung der erkrankten städtischen Beamten übernehmen. Da aber das Gehalt für seinen Lebensunterhalt nicht ausreichen würde, muß er das Fehlende durch Ausübung von Privatpraxis hinzuverdienen. Darin liegt für ihn eine wirtschaftliche Unsicherheit, so daß sich ein Arzt zur Uebernahme der Stellung kaum entschließen wird. Um nun einen Arzt zu gewinnen übernimmt die Stadt die Garantie für ein bestimmtes Erträgnis aus der Privatpraxis des Arztes.[5]

Aus diesen Beispielen läßt sich der Inhalt eines Garantievertrages im allgemeinen entnehmen.

Stammler gibt als erster eine Definition des Garantievertrages und bezeichnet ihn als einen selbständigen Vertrag, in dem jemand unentgeltlich das Risiko, das mit der Unternehmung eines anderen verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung übernimmt, um dadurch der auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung des anderen Unterstützung und Förderung angedeihen zu lassen.[6]

Als erstes Merkmal der Garantie tritt hervor, daß es sich bei der Garantie um ein durch Vertrag begründetes Schuldverhältnis handelt. Hierin sind sich die gesamte Literatur und Rechtsprechung einig. Die Verpflichtung zur Leistung des Garantierenden besteht zunächst in der Uebernahme des Risikos einer fremden Unternehmung.[7] Die Unternehmung kann nach Stammler[8] ein in dauerndem Betrieb befindliches Geschäftsunternehmen irgendwelcher Art oder eine einzelne auf Vermögensverwaltung und Vermögenserwerb gerichtete Handlung sein, mit der Gefahr verbunden ist.[9] Das Risiko

---

3) RG. VI. v. 29. 6. 05; 513/04, i. Recht 1905, 500; No. 1933.

4) Weitere Beispiele bei Stammler, ArchzivPr. 69, 3 f; 53 ff; 78 ff; ferner RG. 61, 157 f; 72, 138; 82, 337; 90, 415; JW. 1910, 231 Z. 8; 1912, 455 Z. 1, 1913, 653 Z. 16; 1916, 394 Z. 4; Warn. 09, No. 87; 1913 No. 9; 1914 No. 47; 1916 No. 130; 1923 No. 10; Gruchot 51, 191; 58, 971; LZ. 1922, 681 Z. 4; 711 Z. 2. — RV. Art. 87 (alt. RV. Art. 73); Reichsges. v. 10. 6, 1914 (RGBl. 219); ältere Beispiele bei Laband, Staatsrecht IV, 374; HGB. § 180, II, 2.

5) Beispiel Stammlers, AzivPr. 69, 4 f; vgl. auch v. Gierke, DeutschPrR. III, 794.

6) AzivPr. 96, 1; vgl. auch S. 3, 47, 62, 78, 91, 126, 140 daselbst.

7) AzivPr. 69, 57.

8) AzivPr. 2, 44; 135 „bestimmte Handlungsweise“.

9) Hierzu das Beispiel bei Stammler, a. a. O. S. 78: A hatte den B zum Beginn eines Prozesses mit X verleitet und dabei versprochen, ihm die Summe zu ersetzen, welche B bei ungünstigem Ausgange des Prozesses einbüßen werde; (aus Striethorst's A. 15, 313 ff.; Das Pr.O.Tr. hat den Fall als Versicherung angesehen.) Ferner das

sieht Stammler in der Gefahrtragung, die darin besteht, daß der Garant für einen Verlust oder einen entgangenen Gewinn teilweise oder in vollem Umfange haftet.[10] Auch als Schadloshaltung bezeichnet er die Leistung des Garanten.[11] Er spricht ferner davon, daß der Garant einen bestimmten Erfolg einer Handlungsweise oder einen Gewinn einem Dritten gewährleistet.

Stammler hebt als weiteres Merkmal der Garantie die Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten hervor.[12]

Er betont ferner den Mangel der Akzessorietät in der Garantie.[13]

Schließlich ist ihm der Zweck der Garantie die Unterstützung und Förderung des fremden Unternehmens durch Sicherstellung des Garantie-Empfängers.[14]

Diese von Stammler bereits festgestellten Merkmale der Garantie hat die Rechtswissenschaft im wesentlichen zunächst beibehalten.[15] Sie hat aber an weiterer Klärung des Begriffs der Garantie gearbeitet.

So wird die Ansicht vertreten, das fremde Unternehmen brauche nicht auf Vermögenserwerb gerichtet zu sein, sondern es genüge eine Unternehmung irgendwelcher Art.[16]

Levin (S. 37) setzt an die Stelle eines auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmens den Begriff eines schutzwürdigen Unternehmens. Die Schutzwürdigkeit des Unternehmens ist indessen vom rechtlichen Gesichtspunkt aus selbstverständlich.[17]

Steen Meyer (S. 19) macht ausdrücklich den beachtlichen Hinweis, daß der garantierte Erfolg ein künftiger sein muß;[18] auch Levin (S. 34) betont, daß Garantie nur in Frage kommt, wenn das Schadensereignis noch in der Zukunft liegt und beruft sich auf die von ihm zitierte Judikatur; ebenso äußern sich Bindewald (S. 44), Lindemann-Soergel,[19] Stölzle,[20] Ebbecke,[21] Staudinger,[22] Achilles-Greiff,[23] RGRKomm., 976, 6 b.

Beispiel bei Stammler a. a. O 83: Bei einer Nachlaßteilung hatte der Notar einer Miterbin dafür garantiert, daß sie durch Uebernahme einer Forderung auf ihre Erbquote keinen Schaden erleiden werde. Die Forderung wurde nicht bezahlt, der Notar zur Tragung des Schadens verurteilt.

10) Stammler a. a. O. 3.

11) A. a. O. 51; 53; 54; 57; 63.

12) A. a. O. 47 f; 80/81; 120.

13) Stammler a. a. O. 36 f; 120; Beispiele: S. 53 ff; 57/8; 60.

14) A. a. O. 1; 52; 100; 112; 119.

15) Vgl. z. B. Foerster 154; Grell 40; Meinrath 3; Bindewald 16; Apelt 1; Ehrenberg I, 63/64; Hachenburg 103; Brückmann 81; Schreuer 354; Unger 298.

16) So Dillmann 10; Braune 2; Boldt 24; Enneccerus § 417 II.

17) Enneccerus § 225 II, 2.

18) Stammler a. a. O. 135; spricht schon von „späterhin vorliegendem Mißerfolg".

19) BGB. I zu § 492, Anm. 2.

20) S. 343 ff. —

21) Recht 1911, 817 ff.

Die Ansicht, daß die Garantie ein gegenseitiges Schuldverhältnis sei, ist nur vereinzelt vertreten worden,[24] schlechthin von Sokolowski.[25] Oertmann[26] vertritt die Ansicht, die Garantie könne sowohl unentgeltlich als entgeltlich sein. Denselben Standpunkt nehmen Joh. Alfr. Meyer,[27] Cosack,[28] Crome,[29] ein. Dernburg[30] bezeichnet die Unentgeltlichkeit als nicht wesentlich. Die Merkmale der Garantie: Tragung der Gefahr einer bestimmten fremden Handwungsweise, Schadloshaltung, Einseitigkeit der Verpflichtung, Mangel an Akzessorietät, Sicherstellung des Garantieempfängers, wenigstens das eine oder andere derselben, finden sich auch in den Kommentaren zum BGB. von Staudinger, Planck, RGRKomm., Warneyer, Achilles-Greiff im Anschluß an die Bürgschaft erwähnt, bei Staub,[31] HGB., und Düringer-Hachenburg.[32]

Auch die Lehrbücher des BGB. und des HR. stellen das eine oder andere der erwähnten Merkmale der Garantie bei der Behandlung des Garantievertrages in den Vordergrund. So führt von den durch die Rechtswissenschaft festgestellten Merkmalen Enneccerus[33] an: Gefahrübernahme, fremdes Unternehmen irgend welcher Art, Mangel der Akzessorietät, Einseitigkeit der Verpflichtung.

Die Rechtsprechung hat gleichfalls zu der begrifflichen Herausarbeitung der Garantie beigetragen. Schon Stammler konnte auf eine Entscheidung des ROHG.[34] mit der Bemerkung hinweisen, daß diese Entscheidung den Garantievertrag als selbständige Vertragsart gut gekennzeichnet und klar und sicher von der Bürgschaft abgegrenzt habe. Die spätere Rechtsprechung[35] befindet sich hinsichtlich der Begriffsmerkmale der Garantie mit Stammler im wesentlichen in Uebereinstimmung, hebt aber besonders hervor, daß das schädigende Ereignis, für dessen Nichteintritt die Garantie übernommen ist, in der Zukunft liegen muß. So heißt es in RG. 90, 418: „Durch das Garantieversprechen soll dem Gläubiger eine Sicherheit für die

---

22) Zu § 459, b, 1.
23) BGB. 1923, S. 195.
24) Girtanner, Die Bürgschaft im gemeinen Zivilrecht, Jena, 1850, S. 373; Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Interzession, Göttingen, 1856, S. 407.
25) Die Mandatsbürgschaft nach röm. u. gem. Recht, Halle, 1891, 112.
26) JW. 1918, 36 A. 11 zu RG. v. 28. 9. 1917 (= RG. 90, 415 ff.).
27) S. 7; 25 f.; 29. A. 6.
28) Handelsrecht, 1923, 389, 3, a. E.
29) BGB. II, 2 § 300 (S. 894).
30) Schuldverhältnisse II, 411.
31) HGB. II, 1, 143, 154; Anm. 65 zu § 349; A. 20 zu § 349 i. Anh.
32) HR. II, 278.
33) § 417, II.
34) Bd. 10 Nr. 15 (S. 86 ff.).
35) z. B. RG. 17, 108; 64, 318; 91, 213; 92, 121; 101, 301; 103, 77, Gruch. 51, 595; 937; Rspr. 20, 236; 33, 72; 30, 360 f.; 41, 121, Warn. 1925, 27, LZ. 1920, 404 f.; vgl. auch § 5 Note 4 dieser Arbeit.

Zukunft gegeben werden, eine Sicherheit, die bestimmend wirken soll auf seinen Entschluß, das mit einer Gefahr verbundene Geschäft abzuschließen. Ist der Schade bereits entstanden, der Mißerfolg eingetreten, dann kann von einem Einstehen für den Erfolg, dem Kennzeichen des Garantievertrages, nicht mehr gesprochen werden, die Zeit des Risikos ist vorüber."

Diese selbe Entscheidung betont auch den Mangel der Akzessorietät in der Garantie und weist darauf hin, daß die Ausdrücke „aufkommen, einstehen, sich verbürgen, garantieren" nicht ausschlaggebend sein können für die Frage, ob Garantie oder Bürgschaft vorliege.

Auch in der Rechtsprechung treten als Merkmale der Garantie hervor: Risiko, Tragen der Gefahr einer fremden Unternehmung, Unterstützung und Förderung des Unternehmens, Einstehen für den Erfolg, für Gewinn, Schadloshaltung, Haften für künftigen Schaden, Unentgeltlichkeit, Einseitigkeit der Verpflichtung, Mangel der Akzessorietät, Sicherstellung des Gläubigers.

Es wird nun darauf ankommen, aus den von Wissenschaft und Rechtsprechung erarbeiteten Merkmalen der Garantie die für den Rechtsbegriff notwendigen, die logisch-wesentlichen, herauszunehmen. Es wurde bereits erwähnt,[36] daß die Logik grundwesentliche und abgeleitete Wesensmerkmale eines Begriffes kennt. Es soll im Folgenden zunächst von den grundwesentlichen Merkmalen des Rechtsbegriffs der Garantie die Rede sein.

§ 6.

Ueber die grundwesentlichen Merkmale der Garantie.

Jeder wissenschaftliche Begriff ist, wie in § 1 skizziert wurde, eine logisch qualifizierte Allgemeinvorstellung. Die Allgemeinvorstellung als solche entsteht durch Abstraktion übereinstimmender Merkmale in mehreren Einzelvorstellungen. Wird durch weitere Abstraktion aus mehreren Allgemeinvorstellungen eine neue Allgemeinvorstellung gewonnen, so ist diese jenen übergeordnet, die nächsthöhere Allgemeinvorstellung.[1] Im gleichen Verhältnis zueinander stehen auch die logisch-qualifizierten Allgemeinvorstellungen oder Begriffe.[2] Der nächsthöhere oder allgemeinere Begriff zu einem bestimmten Begriff wird von der Logik als dessen genus proximum bezeichnet. Die unter dieses fallenden Begriffe sind einander nebengeordnet.

---

36) S. 11.
1) Erdmann, 144 ff.; Ueberweg, § 51.
2) Sigwart, I. 356 ff.; Wundt, II. 11; Ueberweg §§ 58, 53.

Diejenigen Merkmale eines Begriffs, welche notwendig, aber auch ausreichend sind, ihn von seinen nebengeordneten Begriffen zu scheiden, sind seine grundwesentlichen Merkmale. Die Logik nennt ein solches Merkmal differentia specifica, Artmerkmal. Diejenigen Merkmale, die der Begriff mit seinen nebengeordneten Begriffen und somit auch mit dem diesen übergeordneten Begriff gemeinsam hat, bezeichnet die Logik als Gattungsmerkmale. Zum vollständigen Inhalt eines Begriffs gehören sowohl sein genus proximum als auch seine differentiae specificae.[3] „Ueberall, wo es sich um eine systematische Ordnung von Begriffen handelt, da findet die Spezifikation ihre Anwendung, . . . in den hauptsächlichsten Geisteswissenschaften, wo insbesondere die Rechtsbegriffe durch die präzise Form ihrer Determination[4] sich auszeichnen.[5]

Die durch Garantievertrag begründete Garantie gehört in die Gattung der Schuldverhältnisse, näherhin der vertraglich begründeten Schuldverhältnisse.

Als grundwesentliche Merkmale der Garantie, essentialia, die eine scharfe Trennung der Garantie als eines typischen Schuldverhältnisses von anderen Schuldverhältnissen ermöglichen, sind den früher erwähnten Merkmalen folgende als notwendig und hinreichend zu entnehmen:

1) Tragung der künftigen Gefahr einer fremden Handlungsweise,
2) Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten,
3) Hauptschuld.

Es wird sonach zunächst etwas über das Gattungsmerkmal „Schuldverhältnis" zu sagen sein und dann von den einzelnen Artmerkmalen in der angegebenen Reihenfolge gesprochen werden. Diese Zerlegung des Inhalts einer Vorstellung in ihre Teilvorstellungen oder die Angabe der einzelnen Merkmale ihres Gegenstandes geschieht in der Partition.[6]

§ 7.

A. Entfernteres Gattungsmerkmal der Garantie: Schuldverhältnis.

Die durch den Garantievertrag begründete Garantie ist ein Schuldverhältnis. (Ueber Zulässigkeit des Garantievertrages vgl. § 305 BGB; Fischer-Henle Anm. 7 zu § 305 BGB.)

---

3) Erdmann 4; 171; 181; 185; 187; 196. Ueberweg § 60. Baeumker 12, Anm. 2. Stammler, Th. d. RW. 1911, 279/280.

4) „Bei der Determination fügen wir einem durch Abstraktion gewonnenen Begriff besondere Merkmale bei, wodurch ein den konkreten Tatsachen näher liegender Begriff aus ihm hervorgeht." Wundt, II. 17.

5) Wundt, II, 18.

6) Ueberweg, § 50.

Der Garantievertrag ist ein selbständiger Vertrag, ein besonderer Vertragstypus.[1] Das durch ihn begründete Schuldverhältnis ist ein selbständiges Schuldverhältnis. Die in ihm enthaltene Verpflichtung zur Leistung ist nicht eine Nebenverpflichtung zu einer Hauptverpflichtung eines anderen Vertrages. Sie gehört nicht zum Inhalt eines anderen Vertrages und ist nicht insofern unselbständig, nicht Teil eines anderen in sich geschlossenen Schuldverhältnisses.

Der Verkehr pflegt freilich Nebenverpflichtungen eines Vertrages, z. B. bei Kauf, Miete, oft als Garantie ohne jeden Zusatz zu bezeichnen; es empfiehlt sich aber für die Rechtswissenschaft, den Ausdruck Garantie nur für selbständige Schuldverhältnisse zu gebrauchen. Für die Nebenverpflichtungen einer Hauptverpflichtung, mit welcher sie einen einheitlichen Inhalt eines einzigen Schuldverhältnisses bilden, ist der Ausdruck „Gewährleistung" sachlich und sprachlich zutreffender.[2] Das Wort Garantie ist in diesen Fällen am besten zu vermeiden. Wo das nicht angängig erscheint, läßt sich die Nebenverpflichtung als solche durch einen Zusatz zu dem Worte Garantie kennzeichnen, etwa durch die Ausdrücke: Garantie-Nebenabrede, Zusatzgarantie, unselbständige Garantie.

Im einzelnen Falle kann es zweifelhaft sein, ob die Vertragsparteien mit einer Garantieabrede eine unselbständige Nebenverpflichtung oder eine selbständige Hauptverpflichtung begründen wollten, die Inhalt eines selbständigen Schuldverhältnisses sein sollte. Was die Parteien im einzelnen Falle gewollt haben, ist Auslegungsfrage.

War ihr Wille bei Abschluß eines Vertrages auch auf Abschluß eines selbständigen Garantievertrages neben dem anderen gerichtet, dann bestehen zwei selbständige Verträge[3] und Schuldverhältnisse, die rein äußerlich verbunden sind. Stammler spricht in diesem Sinne von verbundenen Garantieverträgen. Bei solcher Verbindung folgt

1) Windscheid II, 817, § 412 Z. 2; ROHG.. 10 Nr. 15; Stammlers Abh. (AzivPr. 69,1 ff.) ist dem Nachweis dieser Tatsache gewidmet; a. A. Wienstein, 1 f., der mit dem constit. deb. al. auskommen will; ebs. Korn, 815; Hecker, 114 f, sieht die Garantie als Schenkung an. Wienstein (und Korn) hinreichend widerlegt von Grell 5; Meinrath, 5; Steen Meyer, 29; Braune 13 ff.; Boldt 9 ff.; indirekt durch Weber 9 ff.; zu Heckers Ansicht wird in § 17 Stellung genommen.

2) Sachlich, weil es sich um eine beim Gefahrübergang gegenwärtige Beschaffenheit einer Sache handelt, für deren Einstehen das Gesetz den Ausdruck Gewährleistung braucht; sprachlich, weil in dem Wort „Gewährleistung" die Bezugnahme auf die Gegenwart, im Wort „Garantie" eine solche auf das Künftige liegt. Vgl. Grimm, D. Wb. IV, 1, 3, Sp. 4846 und § 21 dieser Abhandlung.

3) Wienstein, 6, bestreitet noch die Möglichkeit verbundener Garantieverträge; Kroener, 40 ff., sieht die Theorie Stammlers von den verbundenen Garantieverträgen als ungewiß an. Ziemlich ablehnend auch J. A. Meyer, 3 ff. — Die Entwicklung der Lehre über die gemischten Verträge hat Stammler recht gegeben; vgl. Lotmar, Arbeitsvertrag, I. 176 ff.; Regelsberger, JherJ. 48, 453 ff.; Höniger, Gem. Verträge in ihren Grundformen, I; Schreiber, JherJ. 60, 221.

jeder Vertrag ausschließlich den eigenen Regeln. Die nur äußerliche Verbindung ist einflußlos.[4]

Ein Unterschied zwischen den selbständigen Garantieverträgen, die auch äußerlich selbständig und allein dastehen, und denen, welche in äußerlicher Verbindung mit einem andren Vertrage abgeschlossen werden, besteht rechtlich nicht. Das Gleiche gilt von den durch sie begründeten Schuldverhältnissen.

Ging der Wille der Parteien dahin, nur eine Nebenverpflichtung zu begründen, so kann diese verschiedenen Inhalt haben.

Es wird z. B. bei einem gegenseitigen Vertrage die Höhe der von der einen Partei zu bewirkenden Leistung von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht, ein bestimmtes Minimum aber auf alle Fälle versprochen, „garantiert". Hierbei ist es möglich, daß die gesamte Gegenleistung in dieser Form verabredet wird oder daß diese „Garantie" eines Mindestbetrages nur ein Teil der gesamten Gegenleistung ist.

Beispiele: Ein Schauspieler wird zu einem Gastspiel engagiert. Er soll einen bestimmten Prozentsatz des Reinertrages als Gage erhalten, eine bestimmte Summe aber wird ihm als Minimum „garantiert". — Oder mit der Köchin wird ein Dienstvertrag geschlossen. Es wird ein bestimmtes Lohn vereinbart, ihr aber außerdem die Befugnis versprochen, Knochen, Lumpen und sonstige Abfälle für eigene Rechnung zu verkaufen. Die Herrschaft „garantiert" ihr, daß dieser Verkauf soundsoviel abwerfen wird.[5] Im letzten Falle liegt nur e i n Schuldverhältnis vor. Die sogenannte Garantie stellt lediglich einen eigenartig bestimmten Teil der einheitlichen Gegenleistung dar.

Bisweilen wird auch durch eine Nebenverpflichtung nur der Umfang der gesetzlichen Haftung aus dem Vertrage verändert, z. B. erweitert. Derartige Haftungsänderungen kommen besonders beim Kauf und anderen Veräußerungs- und Belastungsgeschäften vor.[6] Sie werden im Verkehr gern als „Garantie" bezeichnet. In der Regel bedeutet das Garantieren hier nichts anderes als eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist;[7] so wird z. B. für eine goldene Taschenuhr eine mehrjährige „Garantie" gegeben oder eine einjährige Garantie für ein Fahrrad. Meistens ist in eine solche Garantie auch ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers vertraglich eingeschlossen, Wandlung und Minderungsrecht des Käufers

4) Enneccerus, § 323, A, 1—3.
5) Stammler, AzivPr. 69, 5 f.
6) Vgl. §§ 438, 445, 492, 493 BGB.
7) RG. 63, 119; Rspr. 38, 120; ausführlich hierüber Canthal.

werden dagegen häufig durch die „Garantie“ ausgeschlossen.[8] Immer handelt es sich auch hier um eine Nebenverpflichtung, die zum Inhalt des einen Schuldverhältnisses gehört. Die Verpflichtung ist eine unselbständige. Das durch den Garantievertrag begründete Schuldverhältnis ist ein selbständiges.

Das Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. (§ 241, Satz 1 BGB.)

Schuldner im Garantieverhältnis ist der, welcher die Garantie verspricht, der Garant, Gläubiger derjenige, welcher das Garantieversprechen erhält, der Garantitar.[9]

Das Forderungsrecht richtet sich gegen eine bestimmte Person, den Schuldner, nur der Gläubiger hat gegen diesen ein Forderungsrecht. Es besteht zwischen diesen Personen eine rechtliche Gebundenheit, ein iuris vinculum, wie die Römer sagten;[10] sie haben sich durch den Abschluß des Vertrages ihrer Handlungsfreiheit im Verhältnis zueinander freiwillig in dem vertraglichen Umfange beigeben. Danach kann nur der Garantitar im Falle der Garantie von dem Garanten etwas fordern. Dritten Personen steht aus dem Garantieverhältnis an sich ein Recht gegen den Garanten nicht zu. Ist z. B. einer Aktiengesellschaft für eine bestimmte Dividende garantiert, so können die einzelnen Aktionäre aus dem Garantievertrage unmittelbar an den Garanten keine Ansprüche stellen.

Sollen die Aktionäre nach dem Willen der Parteien dieses Recht erwerben, dann bietet das Gesetz die Möglichkeit, das Garantieverhältnis so zu gestalten, daß auch für Dritte ein unmittelbarer Anspruch gegen den Garanten erwächst. Die Parteien, Garant und Aktiengesellschaft, müssen dann im Garantievertrage die Leistung an dritte Personen, die Aktionäre, mit der Wirkung vereinbaren, daß die Aktionäre das Recht erwerben, die Leistung vom Garanten zu fordern. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern (§ 328

8) Staudinger zu § 459, II; Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsgebräuche, 1912, I, 92 ff.; 150 ff.; Meyer, Recht, 1903, 76; Bucerius, Gruchot, 51, 740.

9) Der Ausdruck war bisher nicht üblich, empfiehlt sich aber vielleicht wegen der Kürze anstatt des Wortes Garantieempfänger; die Bezeichnungen Depositar, Mandatar, Promissar, Zessionär mögen seine Bildung rechtfertigen.

10) D. 3, 13. pr.

11) Stammler, AzivP. 69, 103 ff.; Oertmann, Bem. 2 d zu § 676; Levin, 37.

BGB.). Danach wird es jeweils zu beurteilen sein, ob eine Garantie zu Gunsten Dritter besteht oder nicht.[12]

Ein weiteres wesentliches Merkmal jedes Schuldverhältnisses ist die Leistung, welche der Gläubiger vom Schuldner kraft des Schuldverhältnisses fordern kann.

Der Garant verspricht dem Garantitar die Uebernahme des Risikos, der Gefahr einer wirtschaftlichen Schädigung des Garantitars aus dessen bestimmter Handlungsweise, d. h. Tragung eines etwa eintretenden Schadens im vertraglich bestimmten Umfange. Darüber, daß der Garant dem Garantitar durch das Garantieversprechen diese Schadensgefahr bei einem Unternehmen abnimmt, sind sich Literatur und Praxis einig. Nur darüber herrschen Zweifel, wie dieses Begriffsmoment der Gefahrübernahme zu formulieren ist.[13] Auf die bereits früher[14] angeführten Formulierungsversuche sei hier nur hingewiesen. Eine möglichst genaue begriffliche Formulierung der Leistung des Garanten oder der Garantie ist das Ziel der vorliegenden Arbeit.

Darüber kann im allgemeinen kein Zweifel bestehen, daß es zulässig ist, sich einem anderen gegenüber zu verpflichten, einen Schaden zu tragen, der ohne diese Verpflichtung den anderen treffen müßte.[15] Das BGB. steht auf dem Standpunkt der Vertragsfreiheit, die im allgemeinen ihre Grenzen nur in der Rechtsunwirksamkeit von Verpflichtungen zu unerlaubten, sittenwidrigen und unmöglichen Leistungen hat. Zu diesen Leistungen aber zählt an sich eine Schadenstragung nicht, die vertraglich übernommen wird für den Fall, daß dem Vertragsgegner ein Schaden aus einer bestimmten Handlungsweise erwachsen würde.[16]

Nur dann, wenn die Handlungsweise des Garantitars selbst auf etwas Verbotenes, Unmögliches oder Sittenwidriges gerichtet ist, ist auch die hierfür übernommene Garantie nichtig. Ein Schuldverhältnis zum Schutz des Gläubigers vor Schaden aus einer gesetz- oder sittenwidrigen Handlung wird vom Recht nicht gebilligt; so z. B. nicht die Garantie dafür, daß aus einem Delikt für den Täter ein Nachteil nicht entspringen werde,[17] daß jemand keinen Schaden erleiden werde, wenn er eine bestimmte Zeit hindurch ein Glücksspiel

12) Stammler, a. a. O. 104 f.; Crome, II, 1; v. Gierke, DPr.R. III, 56.
13) Levin, 31 ff.
14) S. 13 ff.
15) Staudinger, 1912, II, 1 S. 18 ff.
16) Enneccerus, § 234 IV, 4.
17) Stammler, a. a. O. 69, 122; vgl. D. 46, I, 70, 5: in quibus casibus (fideiussionis maleficiorum) illa ratio impedit fideiussorem obligari, quia scilicet in nullam rationem adhibetur fideiussor, cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habet.

gewerbsmäßig betreibe (vgl. § 285 StGB.) oder wenn er sein Haus zum Zwecke eines Bordellbetriebes vermiete. Ein solches Schuldverhältnis muß seinem Inhalt, Motiv und Zweck nach als unsittlich bezeichnet werden.[18] Daß das Gesetz die bloße Förderung des Unsittlichen für hinreichend hält, um ein Rechtsgeschäft nichtig zu machen, ergibt sich auch aus der Bestimmung im § 276, Abs. II BGB.: Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.[19]

Wird die garantierte Handlung vom Garantitar wegen objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit nicht vorgenommen, so kann der Garantiefall nicht eintreten, d. h. der Fall des ungünstigen Ausganges der Unternehmung, in welchem der Garantitar die Garantieleistung von dem Garanten fordern könnte. Gemäß § 275 BGB. wird der Garant von der Verpflichtung zur Leistung frei, da die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden ist.[20] Wie lange der Garant gebunden sein soll, kann der Vertrag bestimmen; im Zweifel ist eine angemessene Zeit aus der Lage des Falles und der Verkehrsanschauung zu bestimmen.

Die Forderung bezweckt die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers. Dieser Zweck ist wesentlich; fehlt ein solches Interesse, so ist eine Obligation nicht entstanden. Ist sie entstanden, so erlischt sie, wenn das Interesse des Gläubigers irgendwie, sei es auch nicht durch Leistung des Schuldners, vollständig befriedigt wird.[21]

Dieses Privatinteresse des Gläubigers braucht nicht einen Geldwert zu haben, es muß nur ein schutzwürdiges sein. Das Recht hat nicht die Aufgabe, Launen zu befriedigen oder solche Handlungen rein religiösen, sittlichen oder gesellschaftlichen Charakters zu erzwingen, welche nach der Anschauung der Rechtsgenossen dem Rechte entzogen sind. In diesen Fällen muß die Rechtshilfe versagt werden.[22]

Das Interesse des Gläubigers darf auch kein durch das Gesetz verbotenes, sittenwidriges oder unmögliches sein, wenn es den Schutz des Rechtes genießen soll. Entspricht es diesen Anforderungen nicht, dann liegt ein schutzwürdiges Interesse, das durch die Leistung des Schuldners befriedigt werden soll, nicht vor, das Schuldverhältnis besteht nicht.

---

18) RG. 63, 315; 68, 98; 75, S. 74, 123, 148.
19) Vgl. §§ 138, 817, 276, Abs. 2 BGB.; Enneccerus §§ 177; 178, III, 1.
20) Stammler, a. a. O. 126; Averdunk, 17 ff.
21) Enneccerus, § 225, II, 1; § 300, 2; Haymann, 86.
22) Enneccerus, § 225, II, 2.

Erforderlich ist, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers gegeben ist, daß die Leistung des Schuldners, wenn nicht bestimmt, so doch wenigstens bestimmbar ist. Anderenfalls ist ein Forderungsrecht nicht vorhanden.[23]

Das Interesse, welches der Garantitar durch den Garanten befriedigt wissen will, besteht darin, daß der Garantitar aus seiner eigenen bestimmten Handlungsweise keinen Nachteil erleiden will, dieser vielmehr vom Garanten getragen werden soll. Die wirtschaftlichen Zwecke, welche damit verfolgt werden, wie z. B. die Inbetriebsetzung von Eisenbahnlinien, Eröffnung von Ausstellungen und Beschaffung von Kredit für Unternehmungen rechtfertigen den Rechtsschutz der Garantie.[24] Durch sie wird die Ausführung oder Fortsetzung von Unternehmungen oft erst ermöglicht oder wenigstens erleichtert.[25]

Die Leistung, welche der Garantitar vom Garanten fordern kann, besteht darin, daß der Garant den aus der Unternehmung des Garantitars etwa entstehenden Schaden trägt. Durch die Uebernahme dieses Risikos durch den Garanten wird der Garantitar meistens erst bewogen, die riskante Unternehmung zu beginnen oder fortzusetzen.[26] Die Leistung des Garanten ist Tragung des Schadens aus einer fremden Handlungsweise.

Der Garant hat nicht Schadenersatz in dem Sinne zu leisten, daß den Schaden zunächst der Garantitar zu tragen hat und der Garant ihm dann diesen Schaden zu ersetzen hätte. Der Schaden trifft rechtlich primär den Garanten, der sich verpflichtet hat, den Schaden vom Garantitar abzuwenden. In dem Augenblick, in welchem der Schaden mit der Richtung auf den Garantitar eintritt, ist er in dem vertraglichen Umfange ein Schaden des Garanten. Kraft der Garantie kann der Garantitar vom Garanten fordern, den eingetretenen Schaden rechtlich als den seinigen zu betrachten und dementsprechend zu handeln, die geschuldete Leistung zu bewirken.

Diese Rechtslage bleibt unberührt von einem tatsächlichen Verhalten des Garanten, das der Rechtslage nicht entspricht. Es kann sein, daß bei Eintritt des Garantiefalles der Garant nicht leistet. Besteht z. B. der entstandene Schaden in Forderungen Dritter so können sich diese ohne weiteres an den Garanten nicht halten, nur wenn die Garantie zu ihren Gunsten besteht und ein unmittelbares Forderungsrecht für sie begründet hat. Der Garantitar wird

23) Enneccerus, § 229, Einlfg.
24) Unger, 299.
25) RG. in JW. 1899, 215.
26) RG. 90, 418; Stammler, a. a. O. 69, 2.

sich daher oft gezwungen sehen, den Schaden zunächst selbst zu tragen, indem er Gläubiger befriedigt, Wiederherstellungskosten oder ein entstandenes Defizit trägt. Wenn dann der Garant infolge Verurteilung oder im Wege der Zwangsvollstreckung durch Realisierung seiner Haftung den Gläubiger befriedigen muß, so ersetzt er keinen Schaden des Garantitars, sondern er trägt gezwungenermaßen den Schaden, der rechtlich sein eigener ist.[27]

Das BGB. enthält keine Bestimmungen über den Begriff des Schadens. Wohl aber kannte das ALR. einen solchen Begriff, der auch für das BGB. anwendbar ist. Das ALR.[28] bestimmt: „Schaden heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder seines Vermögens." Es macht keinen Unterschied, ob der Schaden ein unmittelbar oder mittelbar bewirkter ist.[29]

Auch das BGB. unterscheidet einen Vermögensschaden und einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist (§ 253 BGB.).

Gemäß § 252 BGB. umfaßt der Schaden auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Hier entsteht für das Schuldverhältnis der Garantie die Frage, worin besteht die Leistung des Garanten, wenn der aus der Handlungsweise des Garantitars entspringende Schaden nicht Vermögensschaden ist.

Es bewegt z. B. jemand den Eigentümer einer Motoryacht, diese an einer Regatta teilnehmen zu lassen und garantiert, sie werde den ersten Preis gewinnen. Was hat hier der Garant zu leisten, wenn dieser Preis nicht in Geld, sondern in einer Anerkennung der Leistung durch Worte, begleitet vielleicht von einem Symbol des Ruhmes wie etwa einem Lorbeerkranz oder einem sogen. Wanderpreis besteht, und dieser Preis nicht errungen wird?

Soll die Garantie rechtsgültig sein, dann ist Bestimmbarkeit der Leistung des Garanten erforderlich.[30] Ein nicht errungener Ehrensieg ist an sich kein Vermögensschaden; er läßt sich durch Geld nicht er-

---

27) Kisch, II, 12, sagt vom Versicherer, seine Gefahr sei eine andere als die des Versicherten, der Versicherer „nimmt die Gefahr nicht ab", sondern begründet, genau genommen, eine selbständige Gefahr für sich. Das Gleiche läßt sich vom Garanten sagen. Die für ihn durch die Garantie begründete Gefahr ist rechtlich seine eigene.

28) § 1, I, 6; Enneccerus § 234, Einleitung.

29) ALR. §§ 2, 3 I 6; Enneccerus § 235, I.

30) Crome, II, 1, 40.

setzen. Ehre und Geld sind grundsätzlich inkommensurable Größen. Gleichwohl hat das BGB. in bestimmten Ausnahmefällen wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld für zulässig erklärt (§ 253 BGB.).[31] Es handelt sich in diesen Fällen nicht um Ersatz, nicht darum, daß das ideale Gut durch Geld aufgewogen wird, sondern um eine „billige Entschädigung“, wie das BGB. sagt. Daraus ist der Grundsatz zu entnehmen, daß jedes berechtigte Interesse durch Geld zwar nicht ausgeglichen, aber in einer der Billigkeit entsprechenden Weise entschädigt werden kann.[32]

Es wird in den angeführten Fällen im Garantieverhältnis darauf ankommen, ob die Parteien eine Garantiesumme vereinbart haben für den Fall, daß der Ehrensieg ausbleibt. Es ist nicht undenkbar, daß der Garant dem Garantitar erklärt, ich garantiere mit 1000 RM., daß deine Motoryacht gewinnt. Er will damit den Garantitar zur Teilnahme am Rennen bewegen, deren Risiko dieser wegen Beschädigung der Yacht oder aus anderen Gründen fürchtet. In diesem Falle ist die Leistung des Garanten bestimmt. Wird eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so könnte nach den Umständen des Falles, gegebenfalls im Prozeß,[33] die der Billigkeit entsprechende Entschädigung festgestellt werden. Erweist sich aber die Leistung des Garanten als unbestimmbar, so besteht das Schuldverhältnis der Garantie nicht.[34]

Eine Wette oder Spiel (Sportwette)[35] kann in dem erwähnten Abkommen nicht gefunden werden. Denn beim Spiel versprechen sich zwei Parteien um der Unterhaltung oder des Gewinnes willen eine Leistung unter entgegengesetzten Bedingungen. Bei der Wette versprechen sich die Parteien zur Bekräftigung einer Behauptung für den Fall der Wahrheit oder Unwahrheit gegenseitig Leistungen.[36] Beides trifft hier nicht zu. Der Garant allein verspricht zur Bekräftigung seiner Ueberzeugung, daß die Motoryacht siegen werde, eine Leistung, erwartet selbst aber keinen Gewinn. Das aber ist nach dem Sprachgebrauch keine Wette.[37] Der Garantitar stellt keine Behauptung auf, will keinen Gewinn oder Unterhaltung, ist überhaupt nicht geneigt, sich an dem Rennen zu beteiligen. Er fürchtet das Risiko für seine Yacht, Schaden zu nehmen, z. B. durch Ueberanstrengung oder Kollision und sieht keine Aussicht auf Erlangung des Preises. Der

31) BGB. §§ 343I; 847; 1300.
32) Crome, II, 1, 21..
33) Vgl. § 287, ZPO.
34) Enneccerus, § 229; RG. Warn. 1913, Nr. 221
35) Enneccerus, § 409, Anm. 2.
36) Enneccerus, § 409, I, 3.
37) Enneccerus, a. a. O. Anm. 6.

Garant hat irgend ein Interesse, z. B. das der Reklame, weil die Yacht auf seiner Werft gebaut ist, oder ein Freundschaftsinteresse oder ein Sportinteresse und sucht darum den Garantitar zur Teilnahme an der Regatta durch Uebernahme des damit verknüpften Risikos zu bewegen. Selbst wenn so die Garantie der Form nach als Spiel oder Wette erscheinen könnte, so ist doch dieser Zweck der Garantie entscheidend, ein Spiel oder eine Wette liegt nicht vor.[38]

Wie bei jedem Schuldverhältnis ist bei der rechtsgültigen Garantie ein Gläubiger, ein Schuldner, eine bestimmbare Leistung und ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers vorhanden, zu dessen Befriedigung er die Leistung vom Schuldner fordern kann.

Gattungsmerkmal der Garantie ist das Schuldverhältnis.

§ 8.

Näheres Gattungsmerkmal der Garantie: Sicherungsschuldverhältnis.

Jedes Schuldverhältnis enthält insoweit, als es ein Forderungsrecht des Gläubigers begründet, eine Zuwendung des Schuldners an den Gläubiger. Das Vermögen des Gläubigers wird durch das Hinzutreten des Forderungsrechtes vermehrt.[1] Zuwendungen nimmt man nicht um ihrer selbst willen vor, sondern um mittelbar durch sie noch einen anderen Rechtserfolg ins Leben zu rufen, der dadurch nach der Rechtsordnung erreicht werden kann oder doch als dadurch erreichbar vorgestellt wird. Diese auf einen mittelbaren Rechtserfolg einer Zuwendung gerichtete Absicht nennen wir ihre causa (im subjektiven Sinne), ihren Rechtszweck oder Rechtsgrund, da die Absicht, den Zweck zu erreichen, zugleich der Beweggrund für die Zuwendung ist. Gewöhnlich wird die causa donandi, credendi und solvendi unterschieden; aber es gibt noch andere causae, z. B. die causa novandi, dotis constituendae, condicionis implendae,[2] die causa cavendi, d. h. die Absicht, den Gläubiger gegen einen Schaden sicher zu stellen durch Uebernahme eines Risikos.[3] So übernimmt der Bürge die Gefahr, daß der Gläubiger vom Schuldner nicht befriedigt wird, und stellt den Gläubiger gegen diese Gefahr sicher. Die Schuldverhältnisse, welche den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers gegen Schaden haben, werden Sicherungsschuldverhältnisse genannt, sie bilden innerhalb der Gesamtheit der (vertraglich begrün-

38) Enneccerus, § 409, I, 2.
1) Enneccerus § 138, 3; § 343 I, 1 a.
2) Enneccerus, § 139, I, 4; auch Anm. 4; § 298, III.
3) Levin 37; Förster 152; Stammler a. a. O. 69, 100; 118 v. Gierke, DPrR. III, 793, I.

deten) Schuldverhältnisse eine besondere Gruppe. In diese gehört auch die Garantie.

Ein Blick auf das Zustandekommen einer Garantie läßt das erkennen. Uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.[4]

Es möchte jemand irgendetwas unternehmen, z. B. ein Geschäft gründen, einen Prozeß beginnen, an einem Wettrennen teilnehmen. Er ist jedoch sehr im Zweifel, ob der Ausgang des Unternehmens für ihn günstig sein wird. Er ist nicht sicher, ob er auch den erstrebten Gewinn erzielen wird, oder er fürchtet, einen Vermögensverlust zu erleiden. Er ist daher zum Handeln nicht geneigt. Es fehlt ihm der Mut, die Entschlußkraft, er befindet sich in einem Zustande der Unsicherheit und des Schwankens darüber, was er tun soll. Diese Unsicherheit kann schon vor dem Beginn eines Unternehmens bestehen, sie kann aber auch später, während das Unternehmen bereits läuft, hinsichtlich der Frage eintreten, ob es fortgesetzt oder abgebrochen werden soll. Der Garantitar fürchtet den ungünstigen Ausgang seiner Handlungsweise, sieht eine Gefahr und zögert, zu handeln.

Der Garant hat ein besseres Vertrauen in die Unternehmung. Er ist überzeugt von ihrem Gelingen. Er drückt diese Ueberzeugung etwa dahin aus: „Ich garantiere Ihnen, daß Sie den Prozeß gewinnen oder daß Sie mindestens 10 000 RM. aus diesem Geschäft herausholen."

Dieser Ausdruck persönlicher Ueberzeugung allein ist aber in der Regel nicht geeignet, den anderen Teil gegen einen Vermögensschaden wirksam zu schützen. An sich ist es denkbar, daß der Garantierende ohne den Willen rechtlicher Bindung verspricht, den etwa entstehenden Schaden zu tragen. Vielleicht genügt auch sein Ansehen, das Vertrauen des anderen zu begründen, er sei nun gegen einen Schaden geschützt. Vielleicht wird auch ein unter beiden als verbindlich geltendes Ehrenwort gegeben. Im allgemeinen aber wird sich hierdurch der andere noch nicht veranlaßt fühlen, die Handlung vorzunehmen, deren möglicherweise nachteilige Folgen für sein Vermögen er scheut. Das wird besonders zutreffen, wenn es sich um größere Unternehmungen wie Eisenbahnen, Ausstellungen, größere Prozesse, Aktienunternehmungen handelt.

Der Garant bietet eine bessere Sicherstellung gegen den gefürchteten Vermögensschaden. Das geschieht dadurch, daß das Garantieschuldverhältnis zwischen den Parteien begründet wird. Der Garant

---

4) D. 17, 1, 8, pr.

verpflichtet sich rechtsverbindlich, obligatorisch, zu einer bestimmten Leistung, zur Tragung nachteiliger Folgen aus der Handlungsweise des Garantitars. Er tut dieses zu dem Zweck, den Garantitar sicherzustellen gegen Vermögensverlust. Er will ihm, wie das Reichsgericht sagt,[5] „eine Sicherheit für die Zukunft geben, eine Sicherheit, die bestimmend wirken soll auf seinen Entschluß, das mit einer Gefahr verbundene Geschäft vorzunehmen." Dieser unmittelbar vor der Zuwendung liegende Grund derselben ist die causa der Garantie. Denn zu diesem Zweck hat sich der Garant verpflichtet, ist der Anspruch des Garantitars begründet worden und besteht er kraft des Schuldverhältnisses.[6]

Die Sicherstellung einer Person gegen einen Vermögensschaden kann durch Begründung eines Anspruchs gegen eine Person, durch ein Pfandrecht an beweglichen Sachen oder ein Grundpfandrecht erfolgt sein. Im ersten Falle sprechen wir von Personal-, im zweiten und dritten von Realsicherung. Als Schuldverhältnis gehört die Garantie — ebenso wie die Bürgschaft — zu den Personalsicherungen.

Als causa der Zuwendung kommt in der Regel nur der unmittelbar vor der Zuwendung liegende Beweggrund des Schuldners zu seinem Leistungsversprechen für das Recht in Betracht. Die weiter zurückliegenden Motive sind für den Bestand und die Rechtsfolgen des kausalen Schuldverhältnisses grundsätzlich ohne Bedeutung.[7]

Die Causa als die auf einen mittelbaren Rechtserfolg gerichtete Absicht richtet sich nicht nach dem wirtschaftlichen Zweck der Leistung, sondern nach den rechtlichen Beziehungen der Zuwendungs-Parteien.[8]

Die Absicht der Förderung und Unterstützung eines fremden Unternehmens, welches der Garant in der Regel haben wird, ist keine auf einen mittelbaren Rechtserfolg seiner Zuwendung gerichtete Absicht, sondern es wird damit nur ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt. Zudem liegt dieses Motiv hinter der Zuwendung weiter zurück als das der Sicherstellung des Garantitars, die causa cavendi.

Aus beiden Gründen kann ich der Ansicht Stammlers[9] und derer, die sich ihm anschließen, nicht folgen, daß die Unterstützung und Förderung des fremden Unternehmens die (materielle) causa des Garantieverhältnisses ist. Sie erscheint vielmehr als rechtlich unerhebliches, wirtschaftliches Motiv des Garanten. Von einem beab-

5) RG. 90, 418.
6) v. Tuhr, II, 2, 176 ff.
7) v. Tuhr, II, 2, 66 ff.; 79.
8) v. Tuhr, II, 2, 63.
9) AzivPr. 69, 1; 48.

sichtigten mittelbaren Rechtserfolg kann in dieser Hinsicht nicht gesprochen werden. Besonders tritt das hervor, wenn der Antrieb zur Uebernahme der Gefahr für den Garanten ein Affektionsinteresse[10] war, z. B. Freundschaft, Interesse an einer sportlichen Leistung bei Garantie für den Sieg eines Rennpferdes.

Es gibt allerdings Fälle, in denen auch das weiter zurückliegende Motiv einer Zuwendung rechtlichen Charakter hat, so daß der Zuwendung außer ihrer nächsten causa noch eine weitere, sekundäre causa zugeschrieben wird. Das ist namentlich der Fall bei Zuwendungen, die sich auf eine bereits bestehende Schuld beziehen und bei Zuwendungen, welche sicherungshalber erfolgen. Zuwendungen dieser Art haben daher zwei causae. So hat z. B. das Versprechen des Bürgen seine causa zunächst in der Sicherstellung des Gläubigers gegen Nichterfüllung der Schuld durch den Hauptschuldner, dann aber auch in dem Grunde, der den Bürgen zur Uebernahme der Bürgschaft bestimmt. Dieser letzte Grund kann in dem Rechtsverhältnis des Bürgen zum Gläubiger oder zum Schuldner liegen und causa solvendi oder credendi oder donandi oder eine andere sein.

Die Unterstützung und Förderung des fremden Unternehmens, welche der Garant in der Regel beabsichtigen wird, kann aber auch als sekundäre causa im Rechtssinne nicht angesehen werden. Das Motiv der Unterstützung und Förderung des Unternehmens schafft kein Rechtsverhältnis, hat keine mittelbare Rechtsfolge zum Ziel, sondern ist rein tatsächliches, rechtlich unerhebliches Motiv.[12]

In der Regel wird die causa durch die Parteien vereinbart.[13] Das kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen.[14] Oft aber ergibt sich die causa schon aus dem Willen des Zuwendenden.[15]

Wohin dieser Wille des Garanten geht, haben wir erörtert. Er will durch die Uebernahme des Risikos des fremden Geschäfts den Garantitar gegen Vermögensschaden sicherstellen. — Daraus ergibt sich die causa cavendi. — Aber auch eine stillschweigende Vereinbarung der Garantieparteien über die causa cavendi läßt sich annehmen. Das schutzwürdige Interesse des Garantitars besteht in dem Bestreben, von der Gefahr seiner Handlungsweise befreit zu sein.

10) v. Tuhr II, 2, 141; Enneccerus § 417, II. — Averdunk 13; Grothaus 48/9, 60 f.
11) v. Tuhr, II, 2, 79; 176 f.
12) Enneccerus, § 139, Anm. 2.
13) v. Tuhr, II, 2, 80; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 341; Enneccerus § 139, I, 3. — Gehört die Kausalvereinbarung zum Geschäftsinhalt, so spricht man von Kausalgeschäften; wird sie nicht in den Geschäftsinhalt durch die Parteien aufgenommen, so spricht man von abstrakten Rechtsgeschäften.
14) RG. i. Recht, 1924, 1227 (ERGZ. S. IV v. 18, 1. 23, 120/122).
15) v. Tuhr, II, 2, 80.

Indem der Garant diese Gefahr auf sich übernimmt, befreit er den Garantitar rechtlich von dieser Gefahr und stellt ihn durch die Begründung des rechtlichen Anspruchs gegen die Gefahr sicher. Diese rechtliche Sicherstellung ist eine notwendige Folge der Gefahrübernahme durch den Garanten, die zugleich dem Willen und Interesse des Garantitars entspricht. Es läßt sich daher sagen, daß in der Sache selbst übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien gegeben und durch ihr Handeln zum Ausdruck gebracht sind. Man kann daher den Sicherungszweck als die „immanente causa"[16] der Garantie bezeichnen oder als einen „integrierenden Bestandteil"[17] derselben.

Die Garantie trägt ihre causa in sich selbst und braucht durch die Parteien nicht ausdrücklich vereinbart zu werden. Sie könnten auch nichts anderes als diese immanente causa verabreden, wenn sie nicht einen seinem Wesen nach ganz anderen Vertrag als einen Garantievertrag und das durch ihn entstehende Schuldverhältnis der Garantie anstreben wollen.

Die Garantie ist daher ihrem Wesen nach ein kausal begründetes Schuldverhältnis und gehört unter den kausalen Schuldverhältnissen, näherhin zur Gruppe der Sicherungs-Schuldverhältnisse.[18] Zu diesen zählen noch Bürgschaft, Kreditauftrag, Schuldbeitritt, Versicherung, (constitutum debiti alieni).[19]

§ 9.

B. Darstellung der Artmerkmale der Garantie.

Das Kernstück jedes Schuldverhältnisses ist die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung. Wenn die grundwesentlichen Merkmale der Garantie festgestellt werden sollen, so ist vor allem die Eigenart dieser Verpflichtung zu untersuchen. Durch die verschiedenen Arten von Leistungen, zu denen ein Schuldner sich verpflichten kann, unterscheiden sich die Schuldverhältnisse wesentlich voneinander.

Zunächst soll, um die Leistung des Garanten im allgemeinen zu qualifizieren und ihr den ihr zukommenden Platz innerhalb der

---

16) v. Tuhr II, 2, 176 f.

17) Stammler, a. a. O. 43, Anm. 151; 48 f., wo er allerdings in der Förderung und Unterstützung des Unternehmens die (materielle) causa der Garantie erblickt; Braune 25; Förster 120.

18) Sammler a. a. O. 100, 118 f., Grothaus 9; v. Gierke, DPrR. III, 793, I „Den ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzenden akzessorischen Sicherungsverträgen stehen die auf Sicherung gegen den aus einem künftigen Umstand drohenden Nachteil gerichteten selbständigen Verträge gegenüber. Zu ihnen gehört .... der unentgeltliche Garantievertrag." — Ehrenberg, 53, bezeichnet als Sicherungsgeschäfte solche, deren Zweck die Sicherung gegen wirtschaftliche Gefahr ist.

19) Stammler, a. a. O., 124; Enneccerus, §§ 411, 417.

verschiedenen Leistungsmöglichkeiten anzuweisen, einiges über die Leistung des Schuldners im allgemeinen gesagt werden. So wird die Stellung der Garantenleistung im System des Schuldrechts ersichtlich werden und gleichzeitig werden sich die Merkmale finden lassen, welche die Garantieleistung von ähnlichen Leistungen unterscheiden.

Kraft des Schuldverhältnisses, sagt § 241 BGB., ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. Die Leistung kann also eine positive oder negative, ein Tun oder Unterlassen sein. Das Tun umfaßt auch das Geben, das Unterlassen umfaßt das Dulden. Dieses ist nichts anderes als Unterlassen von Widerspruch oder Hinderung. Die Forderung auf Unterlassen richtet sich unmittelbar darauf, daß der Schuldner die Zuwiderhandlung unterläßt.[1]

Es ist in Literatur und Rechtsprechung unstreitig, daß die Verpflichtung des Garanten nicht auf ein Unterlassen oder Dulden gerichtet ist

Daß für die geschuldete Leistung ein Vermögenswert nicht erfordert wird, wurde schon betont.[2]

Das zu versprechende Tun kann im übrigen jedes Tun sein, das nicht etwas Verbotenes, Unsittliches oder (objektiv) Unmögliches zum Gegenstande hat.

Daß das Tun, zu welchem sich der Schuldner verpflichtet, nicht als Mittel zur Förderung des Unsittlichen oder Verbotenen dienen darf, wurde gleichfalls früher erwähnt.[3]

Der Garant darf seine Leistung nicht versprechen, wenn er dadurch eine unsittliche oder verbotene Unternehmung des Garantitars unterstützen oder fördern würde. Dieser Gedanke kommt schon im römischen Recht implicite zum Ausdruck.[4]

Die Definition des § 241 BGB. umfaßt dieselben Arten[5] des Tuns, wie sie das römische Recht in der bekannten Definition des Schuldverhältnisses zum Ausdruck brachte: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum.[6] Das dare bedeutet hier die Verschaffung einer Sache oder eines Rechts, z. B. des Eigentums, des Besitzes,

1) Enneccerus, § 228, I.
2) Staudinger, II, 8, 11 f.
3) Enneccerus, § 178, III, 1; § 177, II.
4) D. 46, I, 70, 5; Stammler, a. a. O. 69, 122 f. und A. 264, 265.
5) Staudinger, 1912, II, 1 S. 18.
6) D. 44, 7, 3, pr.

des Nießbrauchs, des Urheberrechts, einer Forderung. Es bezeichnet also eine Leistung durch das Mittel rechtsgeschäftlicher Tatbestände, die Herbeiführung eines rechtlichen Tatbestandes.[7] Das facere, welches der Schuldner verspricht, ist das Tun im natürlichen Sinne, eine natürliche Leistung, wie z. B. eine Arbeitsleistung, Geschäftsbesorgung, Auskunftserteilung, Verwahrung. Verspricht der Schuldner eine Arbeit zu leisten, so ist noch zu unterscheiden, ob er die Arbeitsleistung selbst unmittelbar als solche verspricht. (Dienstleistung, obligatio operarum) oder ob er nur das durch eine Arbeit hervorzubringende Ergebnis oder Werk (obligatio operis) verspricht.[8]

Der Garant verspricht nicht, darüber sind Literatur und Rechtsprechung einig,[9] für den Garantitar irgend eine Tätigkeit zu entfalten. Er will ihm nicht Dienste leisten oder ein Werk herstellen, er will nicht eine Sache für den Garantitar herstellen oder verändern oder sonst einen Erfolg durch Arbeit herbeiführen. Der Garantievertrag ist weder ein Dienst- noch ein Werkvertrag. Er ist ein Vertrag besonderer Art.[10]

Noch weniger verspricht der Garant unmittelbar die Verschaffung einer Sache oder eines Rechts.

Die Bedeutung des Wortes praestare im römischen Recht ist bestritten. Staudinger[11] sagt, daß darunter wahrscheinlich das Einstehen für die Leistung eines anderen zu verstehen ist, wie bei der Bürgschaft oder einem Garantievertrage. Das praestare kommt aber auch nach Staudinger ganz allgemein als Inhalt von Schuldverhältnissen vor in den Verbindungen von diligentiam, custodiam, periculum, casum praestare (z. B. I 5, §§ 3—5; D XIII, 5, 15): Es bedeutet dann, daß innerhalb eines Schuldverhältnisses der Schuldner für gewisse Zufälle aufkommen muß. So z. B., wenn das BGB. sagt, der Schuldner ist für die während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich (§ 287 BGB.). „Das, was der Schuldner infolge Prästation der Sorgfalt usw. an den Gläubiger zu leisten hat, ist aber immer ein dare oder facere, nämlich der Ersatz des Schadens, in letzter Linie Geld. Die Prästationspflicht gibt daher nur die Voraussetzungen an, unter denen neben dem ursprünglichen Inhalt des Schuldverhältnisses nachträglich durch den Eintritt gewisser Ereignisse ein weiterer obligatorischer

---

7) Enneccerus, § 228, II; Staudinger a. a. O.

8) Vgl. Note 7.

9) Es sei vor allem auf Stammler, a. a. O. 69, 1 ff. verwiesen, auf RG. 90, 415 ff. sowie auf die Literatur über den Garantievertrag.

10) Stammler a. a. O. 5, Z. 2; Enneccerus § 417; die Lehrbücher des BGB. und die Kommentare.

11) Staudinger, 1912, II, 1, 18 f.

Inhalt auf ein dare oder facere entstehen kann.[12] „In diesem Sinne," sagt Staudinger aaO., „bildet die Prästationspflicht u. a. den wichtigsten Inhalt der Leistungspflichten des Versicherers beim Versicherungsvertrage."

Das Gleiche läßt sich auch vom Garanten sagen mit der Maßgabe, daß seine Prästationspflicht nicht eine Nebenverpflichtung aus einem bestehenden Schuldverhältnis, sondern die Hauptverpflichtung ist, die er übernommen hat. Sein Rechtsverhältnis zum Garantitar ist ein Zustand der Gebundenheit mit dem Inhalt, beim Eintritt eines künftigen, ungewissen Schadens, den der Garantitar infolge der garantierten Handlungsweise erleiden könnte, diesen Schaden dem Garantitar abzunehmen, und selbst zu tragen. Das wird schließlich, wenn es zur Erfüllung des Schuldverhältnisses kommt, auf ein dare hinauslaufen, in der Regel auf Zahlung einer Geldsumme an den Garantitar. Man denke an die Zeichnung eines Garantiefonds als die vielfach übliche Form einer Garantieverpflichtung.

Diese Auffassung der Garantenverpflichtung als einer Prästationspflicht findet eine Stütze schon in den vom römischen Recht erwähnten Garantieverträgen.[13]

Es seien hierfür zwei Beispiele angeführt.

Quaedam pupillorum vestrorum a matre itemque avo paterno administrata eorumque nomine indemnitatem vobis promissam esse adseveratis, quae si ita sunt et idem pupilli legitimae aetatis effecti non adversus matrem suam itemque avum, sed contra vos congredi malunt, non immerito indemnitatem ab his praestare desiderabitis, quos et administrationem suo periculo pridem suscepisse proponitis. — (C. 5,46 2: si mater indemnitatem promiserit. Imp. Phil. A. et Phil. C. Asclepiadi et Menandro.)

Hier ist deutlich davon gesprochen, daß die Verpflichtung der Garanten in einem indemnitatem praestare, in einem Einstehen für Schadloshaltung besteht, da sie die Verwaltung des Vermögens der pupilli suo periculo suscepisse, auf ihre Gefahr übernommen haben.

Daß der Inhalt der Verpflichtung des Garanten eine Prästationspflicht ist, geht auch aus der folgenden Digestenstelle hervor.

Tutor pupilli decesserat herede instituto Titio: cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari, si

12) Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerl. Rechts, 1906, S. 14.
13) Vgl. Stammler, AzivPr. 69, 55 und Anm. 120 daselbst; 56, 65.

ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset isque matrem conveniret, negavit exceptioni senatus consulti locum esse, quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit. (D. 16, I, 19 pr.).

Auch hier wird gesagt, die Mutter des pupillus habe als Garantin die Gefahr dafür übernommen, daß dem Erben des Vormunds durch die Annahme der Erbschaft aus der schlecht geführten Vormundschaft Nachteile entstehen könnten, und ein indemnem praestare versprochen, ein Einstehen durch Schadloshaltung. Es wird ausdrücklich betont, daß es sich bei dieser Gefahrübernahme, bei diesem Schadloshaltungsversprechen, nicht um eine unter das SC. Velleianum fallende Interzession handelt.

An anderen Stellen ist davon gesprochen, daß der Garant indemnitatem (re-) promiserit,[14] securitatem promiserit,[15] indemnem heredem praestaret.[16]

Alle diese Stellen bestätigen, daß die römischen Juristen die Garantenverpflichtung in einer Praestationspflicht sahen, deren Inhalt in einer promissio indemnitatis, einer susceptio periculi bestand.[17]

Auch Stammler bezeichnet als Verpflichtung des Garanten die Uebernahme des Risikos oder der Gefahr,[18] für den Schaden des Garantitars ganz oder teilweise aufkommen, ihn schadlos halten zu müssen.[19]

In ähnlicher Weise formulieren Literatur und Rechtsprechung die Verpflichtung des Garanten.[20] Planck, II, 822, sieht den Inhalt der Verpflichtung des Garanten in dem Einstehen für einen bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg; ebenso Staudinger,[21] Oertmann,[22] Achilles-Greiff, 1923, 195. Im Anschluß an Planck verwirft den Ausdruck „Uebernahme des Risikos" Steen Meyer, S. 19, mit

---

14) D. 16, 1, 8, 1.
15) C. 4, 29, 6.
16) D. 16, 1, 19, 2.
17) Vgl. auch die von Stammler a. a. O. 69, 62 angeführte Stelle aus Suetonius, vita Claudii, cap. 18. Dort wird erzählt, der Kaiser habe zur Bekämpfung einer Hungersnot mit Getreidehändlern Verträge abgeschlossen, über deren Inhalt der Historiker sagt: negotiatoribus certa lucra proposuit, suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accidisset. — Zur Bedeutung von praestare = garantieren vgl. auch Grimm.
18) Risiko, riskieren aus franz. risquer, ital. rischiare = Gefahr laufen (vgl. Rechtsaltertümer, II, 143, Z. 7,
Grimm, D. Wb. VIII, Sp. 1042; risico = Gefahr (Grimm a. a. O. IV, 1, a. Sp. 2066), auch Kisch II, 1 Anm. 1 setzt Risiko = Gefahr; Ehrenberg, 5, verwendet das Wort Risiko in dem besonderen versicherungstechnischen Sinn von Maß der Gefahr; ebenso Krosta, 89, und die dort Zitierten.
19) AzivPr. 1, 3, 7, 8, 47, 48, 49, 53 f., 57 u. ö.
20) Vgl. die Literatur über den Garantievertrag; ferner Dernburg, Schuldv. 441: „Der Garant ist verpflichtet, das Risiko zu tragen"; Crome, II, 2, 849 (§ 300); Enneccerus § 417, II; Ebbecke, Recht 1911, 819; Cosack, BGB. I, 645.
21) 1912, II, 2, 1488 b.
22) Bem. 2 d zu § 676 BGB.

der Begründung, daß man darunter nur die Uebernahme der Gefahr eines eventuellen Schadens verstehen könne.

Es handelt sich bei den verschiedenen Wendungen zur Bezeichnung der Garantenverpflichtung weniger um einen sachlichen Unterschied in der Auffassung über diese Verpflichtung als um den Unterschied in der Ausdrucksweise. Diejenigen, die sich der Formel „einstehen für einen Erfolg" bedienen, wollen dadurch zu erkennen geben, daß der Garant auch für einen garantierten Gewinn einzustehen habe. So zieht Steen Meyer diese Formel vor, weil der Garant nicht nur für Schaden hafte, sondern für einen positiven Erfolg. Die Verfechter dieser Formulierung verstehen unter Schaden nur die Verminderung oder den Verlust bereits vorhandener Vermögenswerte; sie beachten nicht genügend, daß der erzielte Gewinn eines Unternehmens wohl ein positives Ergebnis der Unternehmertätigkeit ist, daß es sich aber bei der Garantie um eine Verpflichtung des Garanten für den Fall handelt, daß der Garantitar nicht das positive Ergebnis seiner Tätigkeit, den Gewinn erzielt, dieser ein entgangener, ein Negativum ist.[23]

Die Rechtsprechung bedient sich beider Wendungen zur Bezeichnung der Verpflichtung des Garanten. Das KG.[24] z. B. spricht von einem Einstehen des Garanten für einen Erfolg; ebenso das RG.[25] Dieses hat aber auch die Formel „Uebernahme der Gefahr" mehrfach gebraucht, vor allem in der grundlegenden Entscheidung im 90. Bande S. 415 ff.[26] Grundsätzlich wird aber in der Rechtsprechung daran festgehalten, daß die Leistung des Garanten in einer Schadloshaltung des Garantitars besteht.[27]

Beide Formeln „Uebernahme der Gefahr" und „Einstehen für Erfolg" werden auch öfter nebeneinander gestellt.[28]

Die Formulierung „Einstehen für einen Erfolg" hat Wienstein[29] als zu wenig bestimmt bemängelt.

Hier wird der Bezeichnung „Tragung der Gefahr" für die Verpflichtung des Garanten der Vorzug gegeben. Diese Bevorzugung wird später in der ausführlichen Darlegung beider Wendungen begründet.

---

23) Vgl. z. B. Braune, 10; Boldt 19.
24) Rspr. 20, 236; 33, 72; 41, 121.
25) Gruchot 51, 591; RG. 61, 160; 72, 138.
26) Ebenso RG. Gruchot, 51, 595; Rspr. 34, 78 (Dresden, 2. ZDS., Entsch. v. 17. 3. 16.)
27) RG. 82, 337 f; 91, 213; Gruchot 51, 595.
28) RGRKomm. 976, 6 b; Warn. BGB. 1913, I, 1210 f; Neumann, BGB. I, 586, Anm. 1 zu § 765.
29) S. 8; ebenso Korn, 815.

Wenn gesagt wird, der Garant trage die Gefahr „einer fremden Unternehmung“, so ist das Wort „Unternehmung“ im weitesten Sinne gebraucht, in dem Sinne, daß jemand irgend „etwas unternimmt.“ Es braucht nicht an einem Komplex von Handlungen des Garantitars, an Unternehmung im Sinne einer Handels- oder Industrie-Unternehmung, etwa einer Ausstellung oder eines Eisenbahnbetriebes allein gedacht zu werden; es sind auch einzelne Handlungen des Garantitars darunter zu verstehen, wie z. B. die Erhebung einer Klage, der Ankauf eines Wechsels, die Uebernahme einer Forderung in Anrechnung auf einen Erbteil, kurz irgend eine bestimmte Handlungsweise des Garantitars.[30]

Als erstes Inhaltsmerkmal der Verpflichtung des Garanten wird die Tragung der Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars festgestellt.

Aus den späteren Ausführungen über den Begriff der Gefahr wird sich ergeben, daß in diesem der Begriff eines künftigen Schadens als wesentlich für die Garantie enthalten ist; aber auch die Gefahr selbst muß eine künftige sein.

Eine Gefahrtragung ist aber auch sonstigen Sicherungs-Schuldverhältnissen eigentümlich wie z. B. der Bürgschaft und der Versicherung. Dieses Begriffsmerkmal reicht darum noch nicht aus, um die Garantie hinlänglich klar von anderen Sicherungs-Schuldverhältnissen zu scheiden.

Es kommt noch das weitere Merkmal der Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten und das Merkmal der Hauptschuld hinzu.[31]

Es sind daher als grundwesentliche Merkmale der Garantieverpflichtung die nachstehenden drei zu bezeichnen:

1) Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise;
2) Einseitigkeit der Verpflichtung;
3) Hauptschuld (Fehlen der Akzessorietät).

Diese im allgemeinen festgestellten grundwesentlichen Merkmale der Garantenleistung sollen im Folgenden eine nähere Erläuterung und Rechtfertigung erfahren.

30) Vgl. z. B. Stammler, a. a. O. 69, 135; RG. 90, 415 f.
31) Stammler, a. a. O. 1, 47 f. u. ö.; Boldt, 21 ff; Weber 6; Ehrenberg I, 63: Enneccerus § 417, II; RG. 90, 415; 92, 122 f.

§ 10.

1. Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Gläubigers.

a. Begriff der Gefahr.

Gefahr ist ursprünglich gleichbedeutend mit insidiae, dolus, feindliche Nachstellung, Auflauern, Ueberfall.[1] Die Gefahr ist so ursprünglich ein dem Gefährdeten Gebenüberstehender, ihn Angreifender. Später wurde das Wort nicht nur zur Bezeichnung der feindlichen Handlungsweise eines Menschen, sondern auch einer Sache, eines Ereignisses oder eines Umstandes gebraucht, der dem Gefährdeten einen Nachteil bringen konnte. So wurde im Rechtsleben hinsichtlich der Formenstrenge noch im 12. Jahrhundert von insidiae verborum gesprochen und hinzugefügt: quod vulgo dicitur vare (Gefahr).

Die Gefahr ist, von dieser gleichsam aktiven Seite aus betrachtet, die Einwirkung einer Person oder einer Sache. Man spricht von einer Gefährdung durch die Person oder Sache.[3]

Diese Einwirkung kann ihrer Zeitdauer nach ein vorübergehender Vorgang oder ein Zustand sein. Der Schuß des Mörders als solcher, ohne Rücksicht darauf, ob er sein Ziel verfehlt oder nicht, ist eine Gefahr für das bezielte Objekt. Der Haß eines Menschen gegen einen anderen ist eine Gefahr für diesen. Der Ziegelstein, der sich vom Dache löst, ist eine Gefahr für die Passanten der Straße; aber auch schon der gelockerte Ziegelstein oder das mit Benzin gefüllte Faß, das im Keller eines Hauses liegt, sind Gefahren.

Der gefahrbringende Umstand kann bereits eingetreten sein[4] oder noch in der Zukunft liegen. Wir sprechen dann von gegenwärtiger oder künftiger Gefahr.

In diesem Sinne sagt § 904 BGB.: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig . . . ist." So bestimmte das ALR.:[5] „Jede künftige Gefahr, die nicht mit verbotenen Handlungen verknüpft ist, kann versichert werden."

---

1) Grimm, DWb. IV, 1, a. Sp. 2062, II, 1; Kluge, 170, s. v. Gefahr: mhd våre, ahd fâra = Nachstellung, Hinterlist, Gefährdung; H. A. Fischer, JherJ. 51, 228, schlägt vor, auf den Begriff der Gefahr zu verzichten. Das ist schon mit Rücksicht auf die häufige Verwendung dieses Begriffs in den Gesetzen nicht angängig.

2) Grimm, a. a. O. Sp. 2063, c.

3) Vgl. BGB. §§ 43, 618, 1666, 1981, 1133—1135; HGB. §§ 820 Z. 7; 821 Z. 4.

4) A. A. Ehrenberg, 324: „Die schadenbringende Tatsache muß eine zukünftige sein; denn sonst ist überhaupt keine Gefahr vorhanden.

5) § 1953, II, 8; auch Kisch, II, 65; III, 75/76 spricht von künftiger Gefahr; ebenso Crome, II, 2, 850.

Immer aber muß es sich um einen Umstand handeln, der einen Nachteil bringen **kann**. Der Nachteil darf noch nicht eingetreten sein. Es muß der Gefahrumstand geeignet sein, einen noch künftiger Nachteil herbeizuführen; anders ausgedrückt, es muß noch **möglich** sein, daß der gegenwärtige oder künftige Gefahrumstand einen Nachteil im Gefolge hat. „Ist der Schaden bereits entstanden, . . . dann . . . ist die Zeit des Risikos vorüber.“[6] Ist der Schiffbruch bereits eingetreten, so besteht für das Schiff nicht mehr die Gefahr, Schiffbruch zu erleiden.

In diesem Sinne spricht das HGB.[7] von den Gefahren der Naturereignisse und der sonstigen Seeunfälle, wie Eindringen des Seewassers in das Schiff, Strandung, Schiffbruch, Sinken, Feuer, Explosion, Blitz, Erdbeben, Beschädigungen durch Eis. Es wird an derselben Stelle von den Gefahren des Krieges und der Verfügungen von hoher Hand, von der Gefahr des Diebstahls, des Seeraubs und sonstiger Gewalttätigkeiten gesprochen. Ferner werden erwähnt die Gefahr der Verbodmung der versicherten Güter zur Fortsetzung der Reise oder der Verfügung über die Güter durch Verkauf oder durch Verwendung zu gleichem Zwecke; weiter die Gefahr der Unredlichkeit oder des Verschuldens einer Person der Schiffsbesatzung, sofern daraus für den versicherten Gegenstand ein Schaden entsteht. Der Zusammenstoß von Schiffen ist eine Gefahr, die der § 820 HGB. unter 3. 7 hervorhebt. — Im BGB. wird öfter das Schadensmoment im Gefahrbegriff besonders hervorgehoben. So wird von Gefahr des Notstands (§ 6) gesprochen, von der Gefahr, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt wird (§ 229), von der Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens (§ 254 II), von der Gefahr für Leben und Gesundheit (§ 618 I).

Ist der Gefahrumstand bereits eingetreten, die Gefahr eine gegenwärtige, dann ist die Möglichkeit des Eintritts eines Nachteils äußerst nahe gerückt. Der Sprachgebrauch bedient sich dann der Wendung, der Nachteil „droht“ einzutreten. Das BGB. bezeichnet darum die gegenwärtige Gefahr auch als drohende.[8] Die Gefahr ist hier personifiziert gedacht. Dieser Gedanke liegt auch der Redewendung zu Grunde, die Gefahr rückt näher, sie wächst oder nimmt ab.

6) RG. 90, 418.

7) HGB. § 820.

8) BGB. §§ 228, 680, 908; vgl. hierzu Enneccerus § 222, Anm. 5: „Der § 904 fordert eine gegenwärtige Gefahr, während § 228 nur von einer drohenden Gefahr spricht Ein wesentlicher Unterschied ist dadurch nicht begründet . . .“; v. Kries, 291, 292, bezeichnet die gegenwärtige oder drohende Gefahr als absolute Gefahr; in § 680 BGB. ist von „drohender, dringender Gefahr“ gesprochen; darunter wird man eine gegenwärtige Gefahr verstehen können, welche den (möglichen) Schaden unmittelbar nach sich ziehen kann

Der Eintritt eines künftigen Gefahrumstandes kann gewiß oder ungewiß sein. Das letzte ist er dann, wenn er nach menschlicher Einsicht nicht mit Notwendigkeit erfolgen wird.[9] Gewiß ist er dann, wenn er nach der Lebenserfahrung mit Notwendigkeit eintritt. Die Gewißheit des Eintritts eines künftigen Umstandes schließt begrifflich die Gefahr nicht aus. Dieser Umstand muß nur geeignet sein, einen noch nicht eingetretenen Schaden möglicherweise herbeizuführen. Nur insoweit ist er ein Gefahrumstand. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Zeitpunkt des Eintritts des an sich gewiß eintretenden Umstandes ungewiß ist. So ist der Tod des Menschen gewiß. Der Tod des Ernährers einer Familie kann aber für diese dadurch eine Gefahr sein, daß es ungewiß ist, ob er nicht hinsichtlich der Versorgung der Familie vorzeitig eintritt. Die Familie würde hierdurch einen Schaden erleiden können.[10] Der Tod ihres Ernährers ist durch die zeitliche Ungewißheit seines Eintritts eine Gefahr für die Familie.

Der Eintritt künftiger ungewisser Gefahrumstände läßt sich bisweilen auf Grund der Lebenserfahrung als möglich voraussehen.[11] Besteige ich einen D-Zug, so kann ich die mit der Fahrt in einem D-Zug verbundenen und bekannten Gefahren als möglich voraussehen. Schaukelt jemand aus Uebermut stark mit einem leichten Boot, so läßt sich das Kentern desselben, der Eintritt eines Gefahrumstandes, als möglich voraussehen.

Andererseits reicht manchmal die Lebenserfahrung nicht aus, um den Eintritt eines Gefahrumstandes voraussehen zu können. Das wird z. B. dann der Fall sein, wenn neue Erfindungen, wie etwa das Flugzeug, Gefahrumstände mit sich bringen, die bis dahin unbekannt waren.

Es gibt sonach vorhergesehene und nicht vorhergesehene Gefahren.[12]

Aus den bisher angeführten Beispielen ergibt sich, daß es für den Begriff der Gefahr unerheblich ist, ob der Eintritt des Gefahrumstandes durch ein menschliches Verschulden oder ohne ein solches erfolgt ist. Im letzten Falle pflegt das Gesetz von einer zufälligen Gefahr zu sprechen.

Wie bereits dargelegt wurde, gehört zum Begriff der Gefahr die Möglichkeit, daß der Gefahrumstand einen Nachteil herbeiführt.

---

9) Ehrenberg, Versich.Recht, 5.
10) Vgl. Kisch, II, 55, 60.
11) vgl. z. B. HGB. § 115, II; 137, I; 373, II; 379, II; 437, II; BGB. §§ 383 I, „wenn der Verderb der Sache zu besorgen ist"; §§ 692, 1424, 1683, 1893.
12) Von den nicht vorhergesehenen Gefahren sprechen z. B. §§ 545, 1042 BGB.

Diese Möglichkeit ist nicht zu verwechseln mit der Möglichkeit des Eintritts des Gefahrumstandes selbst. Es ist wesentlich für den Begriff der Gefahr, daß der Eintritt eines Nachteils noch möglich ist. Dagegen kann der Eintritt des Gefahrumstandes möglich oder künftig sowie bereits erfolgt sein.

Gegen eine künftige Gefahr lassen sich Vorkehrungen treffen, daß sie nicht eintritt. Die Eisenbahn kann Einrichtungen schaffen, welche den Eintritt der mit dem Eisenbahnbetrieb erfahrungsgemäß verbundenen Gefahrumstände möglichst ausschließen. Die Gewerbeinspektion kann Anordnungen erlassen, welche die Gefahren des Maschinenbetriebs möglichst hintanhalten.[13] Gegen eine gegenwärtige Gefahr können noch Maßnahmen getroffen werden, welche die Herbeiführung des Nachteils durch sie verhindern. Es kann z. B. die gefahrdrohende Sache zerstört werden. Das Gesetz spricht dann von Abwendung der Gefahr.[14]

Der Nachteil, welchen der Gefahrumstand bewirkt, kann eine Person oder Sache treffen. Die Person kann einen Nachteil hinsichtlich ihrer selbst erleiden an ihrem Leben, ihrem Körper, ihrer Gesundheit, Freiheit, Ehre.[15] Die Sache kann verschlechtert werden oder untergehen.[16] In der Regel stehen die Sachen im Eigentum einer Person oder in einem anderen Rechtsverhältnis zum Menschen. Der Nachteil, welcher die Sache trifft, berührt in der Regel mittelbar auch eine Person. Wir sagen, die Person erleidet einen Schaden. Nach dem Gesagten kann dieser ein Personenschaden, ein ideeller oder ein Vermögensschaden sein. Das BGB.[17] spricht von Vermögensschaden und Schaden, der nicht Vermögensschaden ist. In der Rechtssprache wird das Wort Schaden gewöhnlich im Sinne von Vermögensschaden gebraucht.[18] Dieser ist der Unterschied zwischen dem, was man hat, und dem, was man haben würde, wenn die Schadensursache nicht eingetreten wäre.[19]

Das BGB. rechnet zum Schaden auch den entgangenen Gewinn.[20]

Gefahr ist danach, von der bisher erörterten aktiven, gleichsam angreifenden Seite aus betrachtet, jeder Umstand, der möglicherweise einen Schaden bewirkt. Diese Umstände sind nach Art und Zahl

---

13) Vgl. auch §§ 545, 1042 BGB.
14) BGB. § 228, 230, 680, 836, I, 904, 908, 1666, 1667.
15) BGB. §§ 229, 618, 823.
16) §§ 384, 446, 2380 BGB.
17) § 253.
18) Enneccerus § 234, Einleitg.
19) Enneccerus a. a. O. I; im Sinne dieser Differenz ist der Schaden identisch mit dem Interesse.
20) BGB. § 252.

schlechthin unübersehbar. Einreihung in ein übersichtliches und zugleich erschöpfendes System, wie es Ehrenberg (S. 329) versucht hat, ist nicht möglich.[21] Nach den einzelnen Gefahrumständen läßt sich die Gefahr selbst benennen; z. B. kann man von Kriegsgefahr, Ueberschwemmungs-, See-, Feuergefahr, Sportgefahr etc. reden.

Die Möglichkeit, daß der Gefahrumstand einen Nachteil bewirkt, setzt voraus, daß sich im Wirkungsbereich des Gefahrumstandes ein Objekt befindet, welches einen Nachteil erleiden kann. Dieses Objekt ist der gleichsam angegriffene Teil. Wir können in diesem Sinne von einer passiven Seite der Gefahr sprechen. Wir sagen, das Objekt befindet sich in einer Gefahr, ist gefährdet, es läuft Gefahr, z. B. eine Person läuft Gefahr, ein Recht zu verlieren.[22] Der Begriff der Gefahr fordert diese Beziehung zwischen Gefahrumstand und gefährdetem Objekt,. zwischen aktiver und passiver Seite der Gefahr. Die Gefahr ist ein Relationsbegriff.[23] Wenn ein Umstand auch an sich geeignet ist, einen Nachteil herbeizuführen, es fehlt aber an einem Objekt, auf das er einwirken kann, so kann von einer Gefahr nicht gesprochen werden. Das ist rein begrifflich zu sagen. In der Wirklichkeit fehlt es an einem solchen Objekt wohl kaum.

Es kann dieses eine Person oder Sache sein. Befindet sich eine Sache in Gefahr, dann ist in der Regel mittelbar die Person gefährdet, welche zu der Sache in einer Beziehung steht. Sie kann einen Vermögensschaden erleiden.

Die Zeitdauer, während welcher sich etwas im Wirkungsbereich des Gefahrumstandes befindet, kann verschieden sein. Wird dieser Bereich bald nach seinem Betreten wieder verlassen, so ist das Objekt nur vorübergehend in Gefahr. Bei längerem Verweilen in diesem Bereich handelt es sich um einen Zustand der Gefährdung. „Die Gefahr läuft", sagt das Gesetz.[24]

Während des Aufenthaltes im Gefahrenbereich ist das Objekt gegenwärtig in Gefahr. Wer im D-Zug oder Flugzeug fährt, eine Seereise macht, an einer Nordpolexpedition teilnimmt, befindet sich gegenwärtig in der Gefahr, die mit solchen Unternehmungen verbunden ist. Wer eine solche Unternehmung beabsichtigt, kann sich erst künftig in Gefahr befinden.

Die Gefahr im Sinne des Gefährdetseins beginnt für das gefährdete Objekt mit dem Zeitpunkt, in welchem es in den Ge-

---

21) Kisch, II, 25.
22) Vgl. § 268 BGB.
23) Rümelin, Der Zufall im Recht, 12, Anm. 17.
24) HGB. § 827.

fahrenbereich gelangt. Eine Person kann sich freiwillig in diesen Bereich begeben. Eine Sache wird von Menschen in diesen Bereich gebracht. Beide können auch durch die Auswirkung der Naturgesetze zwangsläufig in den Gefahrenbereich geraten. Bricht unvermutet ein Gewitter los, so geraten Menschen und Sachen, die sich im Wirkungsbereich des Gewitters befinden, in Gefahr, vom Blitz getroffen zu werden. Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft sein, wann die Gefahr beginnt. In der Regel gibt darüber die Lebenserfahrung Auskunft. Für manche Fälle bestimmt auch das Gesetz den Zeitpunkt des Gefahrbeginns.[25]

Die Gefahr im Sinne des Gefährdetseins endet, wenn das gefährdete Objekt dem Gefahrenbereich entgeht. Das kann durch den freien Willen des Menschen geschehen oder auch durch das Aufhören der gefährdenden Auswirkung von Naturgesetzen. Ist der Seesturm abgeflaut, so hört diese Gefahr für das Schiff auf. Auch das Ende der Gefahr bestimmt bisweilen das Gesetz.[26]

Hiermit hängt es auch zusammen, daß eine Gefahr sich vergrößern oder verringern kann.[27] Das kann durch Einwirkung des Menschen oder der Naturgesetze geschehen. Der Seeschiffer schlägt z. B. einen anderen Kurs ein, welcher die Gefahren der Seeschiffahrt vergrößert, etwa weil die Begegnung mit Eisbergen bei diesem Kurs erfahrungsgemäß eher möglich ist; oder während eines Gebäudebrandes setzt ein Sturm ein.

Auch nach dem gefährdeten Objekt kann man die Gefahr benennen, z. B. von Lebensgefahr, Leibesgefahr, Schiffsgefahr, Vermögensgefahr sprechen.

Für die Garantie kommt nur die Vermögensgefahr in Betracht.

Der Gefahrbegriff erfordert bei freiem Handeln des Menschen weder im aktiven noch im passiven Sinn der Gefahr ein Verschulden, schließt es aber auch nicht aus. Wer leichtsinnig mit einem Kahn schaukelt und kentert, befindet sich in der Gefahr des Ertrinkens. Daß er den Gefahrumstand, das Hineinfallen ins Wasser und die damit gegebene Möglichkeit des Ertrinkens, verschuldet hat, ändert nichts an der Tatsache, daß die Gefahr des Ertrinkens gegeben ist. Es liegt eine verschuldete Gefahr vor.[28] Ebenso ist der Schuß des Mörders eine nicht zufällige Gefahr für sein Opfer; in diesem Falle

---

25) HGB. §§ 823—826.

26) Siehe Note 25; ferner HGB. §§ 848—850; 873, II.

27) HGB. § 814; BGB. § 270, III.

28) Vgl. § 228, 2 BGB.; § 820 II, Z. 1, HGB.; die Gefährdungsdelikte im BGB., das Reichshaftpflichtgesetz, das Kraftfahrzeuggesetz; Adler, 389; VVG. § 61 wird vom Verschulden der Gefahr, § 82 von den nicht verschuldeten Gefahrumständen gesprochen.

trifft das Verschulden nicht den Gefährdeten selbst. Hat sich aber ein Schuß ohne jedes Verschulden des Jägers gelöst, so ist dieser Schuß eine zufällige Gefahr für den, der sich im Bereich der gefährlichen Reichweite des Geschosses befindet. Hier ist „zufällig" in Gegensatz zu „verschuldet" gesetzt; im Recht ist dieser Gegensatz die Regel.[29] Von diesem Standpunkt sind alle Definitionen nicht zutreffend, welche die Gefahr als ein zufälliges Ereignis bezeichnen, das einen Schaden bewirken kann.[30]

Zum Gefahrbegriff gehört nach den bisherigen Ausführungen eine aktive und eine passive Seite, ein Gefahrumstand und ein gefährdetes Objekt. Es ist begrifflich nicht genau, wenn die Sprache sowohl den Gefahrumstand als das Objekt als Gefahr bezeichnet. Beide sind vielmehr Komponenten des Gefahrbegriffs.[31] Immerhin rechtfertigt die Kürze des Ausdrucks den Sprachgebrauch.[32] Beide Komponenten erscheinen sprachlich verbunden in dem Adjektivum „gefährlich". Gefährlich ist eine Seereise, ein Gewitter, ein Brand.

Gefahr ist, von der aktiven Seite gesehen, ein Umstand, der möglicherweise einen Schaden bewirken kann. Ist der Schaden eingetreten, dann ist die Möglichkeit zur Wirklichkeit geworden. Von einer Gefahr kann in diesem Falle nicht mehr gesprochen werden; auch dann nicht, wenn der vom Schaden Betroffene von diesem noch nichts weiß, hierüber keine Gewißheit hat. Diese Ungewißheit ist nicht zu verwechseln mit der Ungewißheit des Eintritts des Gefahrumstandes. Dieser ist z. B. für ein Seeschiff ein Sturm. Der Schaden, den das Schiff unmittelbar, der Reeder mittelbar erleidet, ist der Untergang des Schiffes. Ist dieser erfolgt, so besteht die Gefahr des Unterganges des Schiffes für den Reeder nicht mehr, wenn er auch denselben noch nicht erfahren hat.

Eine andere Frage ist es, wie diese Unkenntnis des bereits eingetretenen Schadens vom Recht beurteilt wird. Dieses muß z. B. darüber entscheiden, ob diese Unkenntnis die rechtswirksame Eingehung eines Versicherungsvertrages oder nach eingegangenem Versicherungsvertrage die Haftung des Versicherers und die Leistungspflicht des Versicherten oder eins von beiden ausschließen soll. Das Gesetz gibt über die Seeversicherung in § 785 HGB. nähere Be=

29) Adler 389 f: „Zufällig heißt in Uebereinstimmung mit altem Gebrauch der Rechtssprache unverschuldet." Ehrenberg, Vers.Recht 5; 324; Rümelin, der Zufall im Recht, 5, 9, 10 f; 53; Kisch II, 64; Siméon=David I, 1, § 41, 4; ROHG. 18, 212: „Das Gebiet des Zufalls beginnt da, wo das der Verschuldung aufhört". Hecker, 83 f.

30) z. B. Windscheid, 5. Aufl. II, 251; Dochnahl, 243; Schreuer, 273; Manes, Versich.Lex., 1427.

31) Kisch, II, 6; Rümelin a. a. O. 12.

32) Ehrenberg a. a. O. 4; Kisch II. 2 ff; 20; Kluckhohn, 358 ff; Hecker, 64.

stimmungen, über andere Versicherungen in § 68 VVG. Vom Gesetz wird unter Umständen die tatsächlich nicht mehr bestehende Gefahr als rechtlich bestehend angenommen mit Rücksicht auf den guten Glauben des einen oder beider Vertragsschließenden. Diese Frage und ihre rechtliche Beurteilung hat aber mit dem Begriff der Gefahr als solcher nichts zu tun. Hierzu gehört, daß der Eintritt des Schadens noch (objektiv) möglich, nicht schon erfolgt ist.

Wir haben bisher den Nachteil, welchen die Gefahr bewirken kann, insoweit erörtert, als er ein Schaden ist. Wir haben darunter die Differenz verstanden zwischen dem, was jemand hat, und dem, was er haben würde, wenn die Schadensursache nicht eingetreten wäre. Es gibt aber noch andere Nachteile. Wenn jemandem zu gegebener Zeit etwas fehlt, was er haben müßte, um einen vermehrten Bedarf decken zu können, so ist das ein Nachteil für ihn. So ist z. B. der Mangel an Kredit oder an Geldmitteln, die jemand zur Bestreitung notwendiger erhöhter Ausgaben braucht, ein Nachteil. Erkrankt jemand plötzlich schwer, so ist es ein Nachteil für ihn, wenn er die zur Heilung erforderlichen Geldmittel nicht hat. Stirbt der Ernährer einer Familie und fehlt es infolge seines Todes ganz oder teilweise an den Mitteln für den Lebensunterhalt seiner Hinterbliebenen, so ist dieser Mangel ein Nachteil für die Hinterbliebenen. Für einen Ehren- oder Vertrauensposten kommt nur derjenige in Frage, dem es an der erforderlichen Ehre oder dem notwendigen Vertrauen nicht fehlt. Der Mangel hieran ist ein Nachteil für ihn. Kann sich eine Tochter verheiraten oder besser verheiraten, wenn sie eine Ausstattung hat, diese fehlt ihr aber, so ist das ein Nachteil für sie.

Im allgemeinen suchen die Menschen solchen Nachteilen durch Sparen vorzubeugen. Nicht immer aber ist das Sparen möglich, nicht immer führt es zu einem ausreichenden Ergebnis. Der unvermutet eintretende Bedarf kann weitaus größer als das zur Verfügung stehende Kapital sein. Auch sind die Sparkapitalien, wie die auf andere Weise erworbenen Kapitalien, in ihrem Bestande den Wechselfällen des Lebens ausgesetzt.

Es sind von einem vorsorglichen Menschen immer Umstände zu befürchten, welche den Nachteil bewirken können, daß z. Z. vermehrten Bedarfs die erforderlichen Mittel zu seiner Deckung fehlen. Auch Umstände, welche einen solchen Nachteil möglicherweise herbeiführen, kann man als Gefahren bezeichnen. Jeder Mensch befindet sich mehr oder weniger in dieser Gefahr der fehlenden notwendigen Mittel zur Deckung eines Mehrbedarfs.

Man kann diese Gefahr gegenüber der Schadensgefahr als Bedarfsgefahr bezeichnen. Sie kommt für die Garantie nicht in Betracht. Diese hat es mit einer Schadensgefahr zu tun.

§ 11.

b. Tragung der Gefahr.

Wer die Gefahr trägt, trägt den Schaden, den der Gefahrumstand möglicherweise bewirkt.[1] Das Wort Gefahr ist hierbei zur Bezeichnung der passiven Seite der Gefahr gebraucht. Die sprachlichen Wendungen „Tragen der Gefahr“ und „Tragen eines Schadens“ sind aber nicht gleichwertig. Sagt man, es trägt jemand einen Schaden, so ist nicht ersichtlich, ob er einen bereits eingetretenen Schaden trägt oder nur einen solchen tragen soll, der noch nicht eingetreten ist, aber möglicherweise eintreten kann. Das letzte drückt die Wendung „Gefahr tragen“ aus.[2] Wer die Gefahr trägt, trägt immer einen künftigen Schaden, einen Schaden, dessen Eintritt noch möglich ist.[3]

Wer etwas unternimmt, muß damit rechnen, daß ihm das Unternehmen mißlingt. Jeder Mensch weiß aus der Lebenserfahrung, daß bestimmte Umstände eintreten können und es unvorhersehbare gibt, welche die Verwirklichung des erstrebten Zieles verhindern. Das sind die künftigen Gefahrumstände, welche bewirken können, daß der Mensch den erstrebten und erhofften Gewinn nicht erzielt oder einen Verlust erleidet. In dieser Gefahr des Fehlschlagens seiner Unternehmung befindet sich jeder Mensch, der etwas unternimmt. Er muß selbst den Schaden tragen, der durch die seiner Unternehmung feindlichen Umstände (insidiae, dolus, Gefahren) entstehen kann. Statt zu sagen, er trägt den Schaden, wird, um denselben als noch möglichen zu bezeichnen, gesagt, jeder Mensch trägt grundsätzlich die Gefahr seiner eigenen Handlungsweise. Es ist ein auf dem Gebiete des Rechts geltendes Gebot der Ethik, daß der Handelnde den möglicherweise aus seiner Handlung entstehenden Schaden nicht auf schuldlose andere abwälzen darf.[4]

---

1) Stammler, a. a. O. 69, 3; 47; 53; 55; 127; 135 f, Förster 117, Kisch II, 16, III, 9: Tragung der Gefahr = Belastung durch die Schadensfolgen; Siméon-David, I, 1, § 41, 5.

2) Der Unterschied zwischen „Gefahr tragen“ und „Schaden tragen“ tritt auch im Gesetz hervor: HGB. §§ 820, 821; Köstlich, 56.

3) Mit diesem künftigen Schaden als Wirkung eines Gefahrumstandes ist nicht zu verwechseln die künftige Gefahr, das künftige Eintreten eines Gefahrumstandes.

4) Unger, 299.

Sachen sind der Gefahr zufälliger Verschlechterung oder zufälligen Unterganges ausgesetzt. Zu einer Sache können mehrere Personen in rechtlicher Beziehung stehen, z. B. Käufer und Verkäufer. In diesem Falle kann es zweifelhaft sein, von welchem Zeitpunkt ab der eine oder andere der mehreren Beteiligten diese Gefahr zu tragen hat. In der Regel bestimmt das Gesetz den Zeitpunkt, in welchem die Gefahr für den einen oder anderen beginnt.[5]

Da unsere Rechtsordnung die Vertragsfreiheit sanktioniert, kann jemand auch im Wege des Vertrages eine fremde Gefahr als rechtlich eigene übernehmen. Er kann dem Vertragsgegner versprechen, daß er die Gefahr der fremden Handlungsweise ganz oder zum Teil tragen, d. h. den Schaden tragen werde, der möglicherweise aus der fremden Handlung entsteht (Bürgschaft, Garantie, Versicherung).[6]

In diesem Sinne läßt sich von einer Teilung der Gefahr, von Uebertragung, Uebergang, Uebernahme der Gefahr sprechen.[7]

Der Sinn dieser Redewendungen ist der, daß derjenige, auf den die Gefahr vertraglich übergeht, oder der sie nach Gesetzesvorschrift zu tragen hat, rechtlich in die Lage versetzt ist, in welcher von Natur aus der andere sich befindet. Diese aber besteht darin, daß der andere in Gefahr ist, d. h. infolge seiner Handlung möglicherweise einen Schaden erleiden kann. Diesen hat, wenn er eintritt, der Gefahrübernehmer von Rechtswegen zu tragen. Die übernommene Gefahr ist nur eine rechtliche. Sie ist nicht dieselbe Gefahr, welcher der Handelnde ausgesetzt ist. Diesen kann von der tatsächlichen Gefahr seiner Handlungsweise der Uebernehmer nicht befreien. Hierzu müßte er in der tatsächlichen Lage des Handelnden oder selbst der Handelnde sein. Die Gefahr des Uebernehmers besteht in der obligatorischen Bindung, in der vertraglichen Verpflichtung zur Tragung des Schadens, der möglicherweise aus der Handlung seines Vertragsgegners, des Gläubigers, entstehen kann. Seine Gefahr ist eine durch den Vertrag selbständig entstandene oder, wie Hecker[8] sagt, eine künstliche.

Wenn der Zweck jedes Vertrages darin beruht, durch ihn eine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse herbeizuführen,[9] so

5) BGB. §§ 300 II; 379 II; 446, 447, 644, 2380; HGB. §§ 823—826; 848, 849, 873.
6) Unger, 298.
7) HGB. §§ 811 a, 848, 849; VVG. § 16; Kisch III, 9; Stammler, a. a. O. 69, 8; 47; BGB. §§ 270, 300, 379, 446, 447; 450, 459, 480, 483, 484, 588, 811, 2380.
8) S. 65; 97.
9) Crome II, 5.

entsteht durch die Uebernahme der Gefahr die Aenderung dadurch, daß nun nicht der Handelnde den Schaden zu tragen verpflichtet ist, sondern der Uebernehmer.

§ 12.

c. Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars durch den Garanten.

Gefahr bedeutet im weitesten Sinne des Wortes jede Möglichkeit der Beschädigung von Personen, Sachen oder Rechten.[1] An Gefahrumständen und gefährdeten Objekten wird es in der Welt der Wirklichkeiten kaum jemals fehlen. Rein theoretisch läßt sich sagen, der Mensch, die Gegenstände sind täglich von tausend Gefahren umlauert. Hierbei ist aber die Gefahrbeziehung zwischen Umstand und Objekt eine so entfernte, daß sie praktisch nicht ins Gewicht fällt, von den Menschen kaum als Gefahr empfunden wird.

Solche theoretische Gefahren kommen für eine Garantie nicht in Betracht. Diese wird vielmehr begründet mit Rücksicht auf Gefahren, denen eine ganz bestimmte Handlungsweise des Garantitars ausgesetzt ist.[2]

Diese kann in dem Beginn oder der Fortsetzung eines Unternehmens bestehen.

Es wurde schon betont, daß das Wort Unternehmen im weitesten Sinne genommen ist. Es bezeichnet sowohl größere Handels-, Gewerbe- und Industrie-Unternehmungen als auch einzelne Handlungen, Unternehmungen von längerer Dauer und vorübergehende. Es kann sich um Eisenbahnbetriebe, Gewerbeausstellungen, Aktiengesellschaften, Fabrikunternehmen handeln, aber auch um die Aufführung eines Oratoriums, um die Vorstellung einer Kunstreitergesellschaft, den Sieg eines Rennpferdes, die Hingabe eines Darlehens, die Befolgung eines Rates.

Immer aber handelt es sich um eine bestimmte Handlungsweise des Garantitars.

In der Regel wird das Unternehmen des Garantitars sich auf ein Ziel richten, das einen Vermögenswert hat. Er wird einen Geldgewinn erstreben oder sonst einen wirtschaftlichen Wert als Gewinn.

1) Kramer, 1.
2) Stammler, a. a. O. 69, 135.

Das Geringste aber, was er anstrebt, ist die Vermeidung von Vermögensverlust. Beides ist mit dem Wort Schaden bezeichnet. Daß ein solcher möglicherweise eintritt, ist die Gefahr, welche der Garant zu tragen hat.

Diese vom Garanten übernommene Gefahr ist im praktischen Leben immer eine künftige. Ist der Gefahrumstand bereits eingetreten, die Gefahr gegenwärtig, wird sich in der Regel kaum jemand finden, der das Gelingen des Unternehmens noch garantieren will, wenn es auch begrifflich nicht ausgeschlossen ist. Eine allgemeine schlechte Konjunktur ist ein Gefahrumstand für ein Unternehmen, das sich im Bereich dieser Konjunktur befindet. Der Garant übernimmt die Garantie, weil er von dem Gelingen des Unternehmens überzeugt ist. Diese Ueberzeugung wird bei schlechter Konjunktur verständiger Weise fehlen. Die Möglichkeit des Mißlingens der Unternehmung, des Eintritts des Schadens, ist dann so nahe gerückt, die Gefahr so drohend, daß die Uebernahme der Gefahr mit dem Wesen der Garantie unverträglich erscheint. Der Garant übernimmt die Garantie in der sicheren Erwartung, daß er nicht wird zahlen müssen, weil er im Gegensatz zu dem bedenklichen Garantitar stark an das Gelingen des Unternehmens glaubt. So sagt Stammler: „Wohl muß er (der Garant) sich bewußt sein, daß er dann möglicherweise den Unternehmer schadlos halten und ihm den Ausfall bezahlen muß; aber Wunsch und Wille und Hoffnung gehen nicht auf diese Eventualität".

Daraus ergibt sich, daß zum Wesen der Garantie wenigstens subjektive Ungewißheit des Garanten über den Eintritt des Gefahrumstandes gehört. Andererseits würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Garantitar trotz seiner Kenntnis vom Eintritt des Gefahrumstandes bei Abschluß des Garantievertrages die Garantieforderung geltend machen wollte. Wie weit die erwähnte Kenntnis der Parteien auf die Gültigkeit der Garantie von Einfluß ist, wird in der Lehre vom Garantievertrag regelmäßig dargelegt und in der Regel durch analoge Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Versicherungsrechts entschieden.[3] Die vorliegende Arbeit hat es mit dem Rechtsbegriff der Garantie zu tun und setzt eine rechtsgültig begründete Garantie voraus.

Die Gefahr, welche der Garant trägt, ist die Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars und eine künftige.

---

3) HGB. § 785; VVG. § 2.

§ 13.

b. Andere Formulierungen der Garantenverpflichtung. Bevorzugung des Ausdrucks Gefahrtragung.

Es wurde früher betont,[1] daß Uebernahme des Risikos gleichbedeutend ist mit Uebernahme der Gefahr. Schon Stammler hat beide Wendungen promiscue gebraucht;[2] auch die übrige Literatur über den Garantievertrag und die Rechtsprechung machen zwischen beiden Ausdrucksweisen keinen Unterschied.[3]

Eine andere Formulierung für die Verpflichtung des Garanten ist die Wendung: Einstehen, haften für einen (künftigen) Erfolg oder Nichterfolg.[4]

Hier erhebt sich zunächst die Frage: Was ist Erfolg?

Erfolg ist jede sinnlich wahrnehmbare Veränderung der Außenwelt des Menschen, die durch Willensbetätigung bewirkt ist. Willensbetätigung und Erfolg sind die Komponenten der menschlichen Handlung.[5]

Jeder Mensch verfolgt mit seinen Handlungen einen oder mehrere Zwecke. Der Besteller des Werkvertrages will die Herstellung eines Werkes; wer eine Auslobung macht, will, daß der Zweck der Auslobung erreicht wird, wer etwas versteigert, will einen wenigstens angemessenen Preis erzielen. Wird dieser Zweck erreicht, tritt eine Veränderung der Außenwelt ein, die dem Inhalt des Zweckwillens entspricht, dann sprechen wir von dem Eintritt eines bezweckten Erfolges.[6] Das Ausbleiben eines gewollten Erfolges bezeichnen wir als Mißerfolg oder Erfolglosigkeit;[7] bei teilweiser Verwirklichung des Zweckes sprechen wir von Teilerfolg.

1) S. 21, Abs. 2; 34,4.

2) Vgl. z. B. Stammler, a. a. O. 69, 8, 10, 49, wo Uebernahme der Gefahr und Uebernahme des Risikos als gleichwertig in einem Satze nebeneinander gestellt sind.

3) z. B. Kisch, II, 1 A, 1; Hagen 384 f; Levin 32; RG. 90, 415 f; Planck, 1900, II, 509, 822; Staudinger, 1912, II, 1, 556; II, 2, 1488, b; Staub, II, 1, 143 A, 65 zu § 349; 154, A. 20 im Anh. zu § 349. — Im Versicherungsrecht wird das Wort Risiko in einem besonderen technischen Sinne gebraucht. Es bezeichnet dort das Maß der Gefahr; Ehrenberg, Vers.R. 5; oder das Maximum des möglichen Schadens; ders. a. a. O. 8; Manes, Vers.Recht, 7, sieht das Risiko im Versicherungswesen in der Differenz zwischen der erwartungsmäßigen und der tatsächlichen Leistung und Gegenleistung.

4) z. B. Oertmann, Bem. 2 d zu § 676; Neumann, BGB. 5. Aufl., S. 552; Steen Meyer, 19; Levin 13; RG. 90, 416, Rspr. 12, 55; 30, 360; 33, 72; manchmal wird Uebernahme einer Schadensgefahr und Einstehen für Erfolg nebeneinandergestellt, z. B. Warn. BGB. I, 1210 f; Braune 11; Wienstein, 8, bezeichnet die Wendung „einstehen für Erfolg" als zu wenig bestimmt.

5) v. Liszt, Strafrecht, 1919, 116 ff., 118. Bierling, 3, 22.

6) BGB. §§ 383, II; 631, II; 657; 812 (wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt). § 815 (die Rückforderung wegen Nicht-Eintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn usw); §§ 1236, 2084; vgl. auch Brunswig, 88 f.

7) § 40 der preuß. Schiedsmannsordnung vom 29. 3. 79. i. d. F. des Ges. v. 3. 12. 24; von Erfolglosigkeit sprechen auch §§ 304, 753, 2196 BGB.; vgl. auch Korn, 815.

Der Begriff des Erfolges schließt eine Aktivität in der Richtung auf die Herbeiführung der Veränderung in der Außenwelt ein. Tritt diese in Uebereinstimmung mit einem vom Menschen verfolgten Zwecke ein ohne menschliche Tätigkeit, so sprechen wir nicht von Erfolg. Es ist kein Erfolg des Jägers, wenn auf der Jagd ein Schuß aus seinem Gewhr versehentlich sich löst und ein Stück Wild trifft. Wir nennen ein solches Ereignis Zufall. Ein zufälliger Umstand, der einen Nachteil bewirken kann, gehört zu den Gefahren.

Für einen Erfolg soll der Garant einstehen oder haften.

Der Haftungsbegriff ist am vollkommensten entwickelt, im altgermanischen Recht. Dieses versteht unter Haftung die Unterwerfung unter die Zugriffsmacht dessen, dem nicht geleistet wird, was ihm geleistet werden soll. Der Zugriff gewährt dem Berechtigten die Möglichkeit, sich wegen der unerfüllten Schuld an das, was für sie haftet, zu halten, um in der Regel Befriedigung zu erlangen. Das Zugriffsrecht des Gläubigers ist die aktive, das Unterworfensein des Schuldners die passive Seite der Haftung.[8] Die Haftung erscheint als ein Zustand der Gebundenheit für Schuld und heißt darum auch Bindung, Band, Verbindlichkeit, Verstrickung, Verpflichtung, Obligation. Sie sichert die Erreichung des Schuldzwecks und wird deshalb Gewährschaft, Garantie, Sicherung genannt. Die Haftung setzt schließlich, wenn die Leistung ausbleibt, ein Surrogat dafür hin und wird als Einstehen, Einstandschaft, Eingesetztsein, Einsatz und ähnl. bezeichnet.[9]

Haften oder Einstehen wurde im altgermanischen Recht auch Bürgen genannt.

Haften von Personen für einen „Erfolg" kann nach altgermanischem Recht ein Doppeltes bedeuten.

Von Haften für einen Erfolg wurde dann gesprochen, wenn der Haftende etwas tun konnte oder sollte, den Erfolg herbeizuführen, den Mißerfolg zu verhindern.[10] Hierunter war eine positive Tätigkeit des Hafters zu verstehen. So versprach bei der Gestellungsbürgschaft der Bürge, der Hafter, dem Gläubiger, diesem den Schuldner, der z. Zt. der Fälligkeit der Schuld nicht leistete, zu stellen. Wer das Erscheinen eines anderen vor Gericht verbürgte, der gelobte, ihn, wenn er nicht freiwillig kam, vor Gericht

8) Enneccerus, § 226, I und Anm. 6.

9) § 765 BGB.; Staudinger II, 2, S. 2; v. Gierke, Schuld u. Haftung, 1, 11 v. Schwind, 18; Enneccerus § 226, II; Grimm DWb. s. v. einstehen Sp. 309: für einen einstehen = in seine Stelle treten.

10) v. Gierke, DPrR. III, 49.

zu bringen. Aehnlich war es bei der Stillesitzbürgschaft. Hier versprach der Bürge, der Schuldner werde nicht fliehen, sondern dableiben, stillesitzen.[11] Wer die Rückkehr eines Gefangenen verbürgte, der gelobte, ihn wieder in die Gefangenschaft zu überantworten.[12] Dieses Haften für einen bestimmten Erfolg, die Leistung der Schuldners, war das Haften im engeren Sinne.[13]

In einem weiteren Sinne bedeutete Haftung aber nur: Künftigen Schaden tragen bei Ausbleiben irgend eines „Erfolges". Hier ist das Verhalten des Hafters in Bezug auf die Herbeiführung des „Erfolges" ein passives. Seine Leistung beschränkt sich auf die Tragung des Schadens, der durch den „Mißerfolg" eintritt. „Wenn von Waldeigentümern, welche die Schweinemast in Pacht gegeben haben, gesagt wird: Sie sollen für die Eicheln haften, so ist das im uneigentlichen Sinne ein Haften, nämlich das Tragen der Gefahr des ausbleibenden Eichelertrages." Hat der Bürge, der Hafter, nur einen künftigen Schaden zu tragen, so trägt er nach dem Sprachgebrauch des altgermanischen Rechts eine Gefahr.[14] So bürgt auch derjenige, der seine Waffe da aufhängt, wo sie herunterfällt und einem anderen Schaden tut, dem Geschädigten, d. h. er trägt die Gefahr des Herunterfallens der Waffe, er haftet in diesem Sinne.[15]

Die Leistung, zu welcher der Garant verpflichtet ist, besteht in der Tragung des Schadens, der möglicherweise aus der Handlungsweise des Garantitars entsteht. Solange der Schaden noch nicht eingetreten ist, besteht seine Schuld in seiner rechtlichen Gebundenheit, gegebenenfalls die versprochene Leistung zu bewirken. Hierdurch ist der Garantitar dagegen gesichert, daß er selbst den Schaden tragen muß. Insoweit ist die Haftung des Garanten eine Sicherung des Gläubigers, eine Garantie. Leistet der Garant nicht, wenn der Schaden eingetreten ist, so hat der Garantitar als Folge des Schuldverhältnisses ein Zugriffsrecht auf das Vermögen des Garanten. Er kann dieses Recht in der Regel im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung geltend machen, nur ausnahmsweise durch Selbsthilfe.[16]

---

11) v. Amira, I, 361; II, 55.
12) v. Amira, I, 361; v. Gierke, Sch. u. H., 104 f.
13) v. Amira, I, 24 f; Siber, 164.
14) v. Amira, I, 22 f; v. Gierke, a. a. O. 104 f; vgl. hierzu auch Kisch, II, 10 f, der vom Versicherer sagt; „Die Gefahr nimmt beim Versicherer die Gestalt einer Haftung an ... Daß aber gerade diese Haftung ... als Gefahr bezeichnet wird, beruht darauf, ... daß die praktische Verwirklichung der Haftung keine notwendige, sondern eine bloß mögliche ist." Das Gleiche gilt vom Garanten.
15) v. Amira, II, 50 f.; Partsch, 60 f.
16) BGB. §§ 229/ 231.

Nicht dagegen besteht die Leistung, zu welcher der Garant verpflichtet ist, darin, daß er den vom Garantitar mit seiner Handlungsweise erstrebten Erfolg herbeiführt. Der Garant hat selbst weder dahin zu wirken, daß der Garantitar den erstrebten Gewinn erzielt, noch dahin, daß er keinen Verlust erleidet. Er ist nicht verpflichtet, schädigende Ereignisse abzuwehren, sondern lediglich einen späterhin vorliegenden Schaden (Verlust oder entgangenen Gewinn) zu tragen.[17]

Mit einer fremden Schuld hat diese Verpflichtung des Garanten nichts zu tun, sondern mit einer fremden Handlungsweise.

Aus dem Gesagten ergibt sich die Rechtfertigung für die Bevorzugung der Wendung, der Garant trägt die Gefahr einer fremden Handlungsweise.[18]

Dafür spricht einmal die geschichtliche Entwicklung dieser Ausdrucksweise; dann aber auch ist sie kennzeichnender für die Verpflichtung des Garanten, einen möglicherweise entstehenden Schaden tragen zu müssen. Die Formulierung, der Garant haftet für einen (künftigen) Erfolg oder Mißerfolg, läßt nicht erkennen, ob ein Einstehen für einen Erfolg im Sinne auch einer Tätigkeit zur Herbeiführung desselben durch den Garanten gemeint ist oder nur die Verpflichtung, einen entstehenden Schaden zu tragen.[19]

Der Ausdruck: Haften für Erfolg verleitet leicht zur der nicht richtigen Vorstellung von der Verpflichtung des Garanten im Sinne der ersten Alternative des vorhergehenden Satzes.

Steen Meyer[20] lehnt den Ausdruck „Uebernahme des Risikos" für die Verpflichtung des Garanten mit der Begründung ab, daß man darunter nur die Uebernahme der Gefahr eines eventuellen Schadens verstehen könne. Er will dafür lieber sagen, der Garant habe für einen bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg einzustehen, weil er nicht nur für Schaden hafte, sondern für einen positiven Erfolg.

Das letzte trifft nicht zu, dagegen die Begründung, mit welcher der Ausdruck „Uebernahme des Risikos" abgelehnt wird. Die von Steen Meyer nicht gutgeheißene Formel gibt die wirkliche Verpflichtung des Garanten zutreffend wieder. Er hat die Gefahr

---

17) Stammler, a. a. O. 69, 135; „Es wird nicht dafür gehaftet, daß etwas nicht werden, sondern daß etwas nicht sein werde."

18) v. Amira, II, 45, 50 f.; 72.

19) Siber, 120 f; 164; Matthiaß BGB. 1 § 83; v. Amira I, 42; „Die Verbindlichkeit, wozu die Haftung unter dem Einwirken einer Schuld wird, ist . . . durch das Wort Gefahr auszudrücken. Handlungen, wodurch sich Menschen verbindlich machen, sind daher ein „Daran- oder Dabei-Wagen", ein Riskieren".

20) S. 19.

eines eventuellen Schadens zu tragen, befindet sich in einem (bis zur Leistung passiven) Zustande der rechtlichen Gebundenheit, der Obligation.

Wenn für einen bestimmten Gewinn garantiert ist, so kommt die Erzielung dieses Gewinnes, der „positive Erfolg" der Handlungsweise des Garantitars, für die Garantie nicht in Betracht. Diese wird nicht für den Fall eingegangen, daß der Gewinn erzielt wird, sondern zum Schutze gegen die Gefahr, daß der erwartete Gewinn ausbleibt. Der entgangene Gewinn aber ist ein Schaden, den der Garant zu tragen hat. Darin erschöpft sich seine Verpflichtung aus der Garantie. Für die Erzielung des Gewinnes hat er keinerlei Tätigkeit zu entfalten. Er haftet nicht für einen positiven Erfolg, sondern für einen negativen, für einen Mißerfolg, im Sinne der Schadenstragung; zur Abwendung des Mißerfolges braucht er nicht tätig zu werden. Er haftet auch hinsichtlich eines garantierten Gewinnes nur im Sinne einer Gefahr- oder Schadenstragung, weder für Erfolg noch für Mißerfolg im Sinne der Herbeiführung des ersten oder der Abwendung des zweiten durch eigene Tätigkeit.

Schließlich sei noch eine ältere Formel erwähnt, die im Anschluß an die römische promissio imdemnitatis die Verpflichtung des Garanten als Schadloshaltungs-Versprechen bezeichnet.[21] Schon Stammler[22] bemängelt an diesem Ausdruck seine Schwerfälligkeit und sagt, er lasse die Selbständigkeit des Rechtsinstitutes der Garantie nicht scharf genug hervortreten, auch sei er nur vereinzelt aufgetreten. Das Bedenken Stammlers, daß der Ausdruck Schadloshaltung die mögliche Haftung für entgangenen Gewinn nicht gut bezeichne, dürfte mit Rücksicht auf die inzwischen erfolgte Definition des Schadens in § 252 BGB. entfallen. Immerhin bringt diese Formel das Wesen der besonderen Verpflichtung des Garanten nicht scharf zum Ausdruck. Aus ihr geht nicht hervor, daß es sich bei der Garantie um ein riskantes Unternehmen und die künftige Gefahr eines (künftigen) Schadens handelt. Beides aber findet seinen Ausdruck in der Redewendung, der Garant trägt die künftige Gefahr der Handlung des Garantitars.[23]

---

21) Girtanner a. a. O. II, 325, (vgl. N. 24 in § 5); Hasenbalg a. a. O. (vgl. N. 24 in § 5); S. 721 ff; ROHG. 10, 89.

22) A. a. O. 69. 2, Anm. 1.

23) Für die Beurteilung der Frage, ob eine Garantie im Einzelfall vorliegt, kommt es nicht darauf an, welche Ausdrücke die Parteien beim Vertragsschluß gewählt haben. Sie können von aufkommen, einstehen, bürgen gesprochen und eine Gefahrübernahme, eine Garantie gewollt haben. Vgl. RG. 61, 157; 72, 138.

Ein Wort sei noch der viel erörterten Frage gewidmet, ob der Garant auch bei Unmöglichkeit des vom Garantitar erstrebten Erfolges hafte.[24]

Soll Unmöglichkeit des Erfolges den bereits erfolgten Eintritt des Schadens bedeuten, so kann von Garantie keine Rede sein. Die Zeit des Risikos ist vorüber.[25] Soll Unmöglichkeit des Erfolges heißen, daß nach menschlicher Voraussicht der Garantitar einen Gewinn nicht erzielen oder einen Verlust nicht erleiden werde, so wird im praktischen Leben eine „Garantie“ niemand übernehmen. Ein gegenteiliges Verhalten wäre auch mit dem Begriff der Garantie unvereinbar. Denn diese setzt beim Garanten das Vertrauen voraus, daß das Unternehmen des Garantitars voraussichtlich Erfolg haben werde. Er hofft im Grunde genommen, nicht leisten zu müssen. Er will nur aus irgendwelchen tatsächlichen Interesse heraus, aus irgend einem rechtlich unerheblichen Motiv, den Garantitar zum Beginn oder zur Fortsetzung seiner Unternehmung bewegen.

Ist zur Zeit der Garantieübernahme das fragliche Unternehmen als solches gar nicht möglich oder sind die Bemühungen und Handlungen des Garantitars, für welche der Garant die Gefahr übernehmen will, nicht ausführbar oder ihre Ausführung nicht einmal in Aussicht genommen, so hat die Garantie keinen Sinn und darum keine Gültigkeit. Denn durch die Garantie soll das Risiko einer bestimmten Handlungsweise übernommen, der Garantitar gegen den aus seiner Handlungsweise möglicherweise entstehenden Schaden gesichert werden.[26] Die Möglichkeit des Mißerfolges einer Unternehmung ist ausgeschlossen, wenn diese selbst unmöglich ist.

Verschieden hiervon ist die Unmöglichkeit der Leistung des Garanten. Diese ist nach den allgemeinen für die Unmöglichkeit der Leistung in Schuldverhältnissen geltenden Regeln zu beurteilen.[27]

§ 14.

2. grundwesentliches Artmerkmal: Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten. Unentgeltlichkeit.

Das Merkmal der Gefahrtragung reicht nicht aus, um den Inhalt der Garantie von dem Inhalt anderer Schuldverhältnisse hinrei=

24) Stammler, a. a. O. 69, 123 ff.

25) RG. 90, 418; Recht. 1916 No. 1879; 1917 No. 1991; 1920 No. 377; Lindemann-Soergel, BGB. I, zu § 492 A. 2; Gruchot 51, Beil. 935 ff.

26) Stammler a. a. O. 69, 126; LZ. 1913, 938 f; Averdunk, 17 ff.

27) BGB. §§ 275, 279, 280, 282, 306—308, 309; vgl. hierzu auch Planck, Note 2 zu § 306 und Neumann, BGB. Anm. 5 zu § 306, die § 306 auf die Garantieleistung nicht anwenden wollen, da sie Geldleistung sei. Der Garantievertrag ist aber auf die Schadenstragung als Leistung des Garanten gerichtet; diese kann im Sinne des § 306 BGB. unmöglich sein, wenn das Unternehmen unmöglich ist. Vgl. auch Averdunk, 18. f.

chend abzugrenzen. Auch in der Bürgschaft und in der Versicherung liegt eine Gefahrtragung.

Als zweites Merkmal der Garantie ist die Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten zu nennen.[1]

Die Schuldverhältnisse mit einseitiger Verpflichtung zur Leistung lassen sich in streng einseitig und in nicht streng einseitig verpflichtende unterscheiden.[2]

Strenge Einseitigkeit liegt dann vor: wenn nur der eine Teil eine Forderung erwirbt, der andere nur verpflichtet wird. Hieher gehören z. B. das Darlehen und das Schenkungsversprechen.

Nicht streng einseitig sind diejenigen Schuldverhältnisse, in denen der eine Teile zwar hauptberechtigt ist, aber auch eine Verpflichtung für ihn vorkommen kann, die jedoch nicht als Entgelt seiner Berechtigung erscheint.[3] Das Verhältnis der Ansprüche beider Teile zueinander ist im Aktionensystem der Römer durch die termini actio (mandati, depositi etc.) directa und actio contraria zum Ausdruck gebracht.

Die Garantie kann ein Schuldverhältnis mit streng einseitiger oder ein solches mit nicht streng einseitiger Verpflichtung zur Leistung sein.

In der Regel ist sie in der Weise begründet worden, daß nur der Garant eine Verpflichtung übernommen hat. Der Garantitar soll lediglich das Recht haben, den mit seiner Handlungsweise etwa verbundenen Schaden auf den Garanten abzuwälzen. Regelmäßig ist er dem Garanten gegenüber aus dem Garantieverhältnis zu nichts verpflichtet. Das läßt sich damit rechtfertigen, daß der Garant sein eigenes tatsächliches Interesse an dem Unternehmen des Garantitars verfolgt, den er darum zu seiner Handlungsweise durch Uebernahme der Garantie bewegt.[4]

Bisweilen ist auch dem Garantitar im Hinblick auf die ihm gewährte Sicherung gegen möglichen Schaden und zur Verminderung des Risikos irgendwelche Verpflichtung auferlegt. Man denke etwa an eine bestimmte Art des Betriebes einer garantierten Eisenbahnlinie. Es kann der Eisenbahnunternehmer verpflichtet sein, eine bestimmte Anzahl Züge täglich laufen zu lassen, die Tarife in bestimmter Höhe anzusetzen, eine gewisse Anzahl Haltestellen zu errichten.[5]

1) Stammler, a. a. O. 69, 1; 47; Staudinger II, 1, 556; Planck II, 822; Oertmann, 806; Dür.Hach. II, 392; Grell, 3, 38; Meinrath 3; Braune 15; Levin, 25, Boldt, 21 ff, Weber 6; Canthal 64; LZ. 1913, 941; a. A. Guggenheim, 15; 18, 19; Dernburg, BGB. II, 411; Cosack HR. 1923, 389 β; J. A. Meyer, 7.

2) Enneccerus, § 256, I, 2.

3) Enneccerus, a. a. O.

4) Crome, II, 2, 894 (§ 300); Kroener, 2.

5) Stammler, a. a. O. 69, S. 48, Anm. 5.

Eine Verpflichtung des Garantitars, das Unternehmen selbst in Betrieb zu setzen, liegt hierin nicht. Es ist vielmehr der Betrieb des Unternehmens vorausgesetzt und der Inhalt der Garantie mit diesen Verpflichtungen als gegeben betrachtet.

Rechtlich sind diese Verpflichtungen des Garantitars Bedingungen oder Auflagen.[6] Durch sie wird der Garantievertrag keineswegs zum gegenseitigen Vertrage. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, daß der Inhalt einer Bedingung eine Gegenleistung, ein Entgelt darstellt, und das Schuldverhältnis hierdurch ein gegenseitiges ist. Es kann z. B. die Bedingung, wenn du mir das Grundstück leistest, verspreche ich dir 10 000 Reichsmark, eine Gegenleistung enthalten.[7] Aber nicht jede Bedingung solcher Art ist eine Gegenleistung im Sinne eines gegenseitigen Schuldverhältnisses.

Zu diesem gehört der Wille der Parteien, daß die eine Leistung für die andere gegeben wird, daß der eine Teil nur deshalb seine Leistung macht, um die Leistung des anderen zu erhalten.[8] Die beiden Leistungen müssen in einem derartigen wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, daß sie, wenn vielleicht nicht tatsächlich, so doch nach der Absicht der Parteien gleichwertig sind und als gleichwertige gegeneinander ausgetauscht und ausgeglichen werden sollen.[9] Die Gleichwertigkeit der Leistungen braucht keine objektive zu sein, aber auch keine subjektive in dem Sinne, daß nach der Meinung der Parteien die Leistungen an Wert einander gleichkommen. Es genügt, daß die Gegenleistung als Aequivalent versprochen ist, ein solches, ein Entgelt nach Absicht der Parteien sein soll.[10] Der Kauf ist auch dann ein gegenseitiges Schuldverhältnis, wenn der Verkäufer infolge Irrtums oder bewußterweise aus Not sich zur Uebergabe und Uebereignung der Kaufsache zu einem Preise verpflichtet, der unter dem wahren Wert der Sache ist.[11] Es genügt, wenn die beiden Leistungen von den Beteiligten für die von ihnen verfolgten Zwecke einander gleichgestellt werden dürfen,[12] die eine das Entgelt für die andere sein soll. Alle gegenseitigen Schuldverhältnisse sind entgeltlich.[13]

Von einer solchen Absicht der Parteien, die dem Garantitar etwa auferlegten Bedingungen der Verpflichtung des Garanten im

6) Stammler, a. a. O. S. 48.
7) Enneccerus, § 138, Anm. 3; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912, 15 ff.
8) Enneccerus, § 256.
9) RG. im Recht 1924, 1227; RG. 60, 241.
10) Haymann, 93 f.
11) Enneccerus, § 138, 4; § 256, Anm. 1; RG. LZ. 1912, 555.
12) RG. 105, 248 f.
13) Enneccerus, § 343 A. 6, a. E.

Sinne eines Entgelts gleichzustellen, ist im Garantieverhältnis keine Rede. Wenn z. B. der Staat eine Eisenbahnlinie unter den genannten oder ähnlichen Bedingungen garantiert, dann soll die Erfüllung derselben durch den Garantitar nicht eine Gegenleistung für den Staat sein.[14] Dieser garantiert nicht, damit eine bestimmte Art des Betriebes eingehalten wird. Diese geschieht übrigens auch nicht in seinem Interesse, sondern in dem anderer Personen oder des allgemeinen Verkehrs. Der Zweck einer bestimmten Betriebsart ist die Sicherung eines gewissen Mindesterträgnisses, um den Umfang der Garantie von vornherein auf ein vernünftiges Maß zu beschränken. Aehnlich verhält es sich bei anderen Unternehmungen, z. B. einer Fabrik und Vorschriften für deren Betrieb, bei einer bestimmten Art der Veranstaltung einer Ausstellung. Auch bei kleineren Unternehmungen, etwa einer nicht umfangreichen Prozeßführung, können dem Garantitar Verpflichtungen auferlegt sein, wie z. B., daß er einem bestimmten Rechtsanwalt Prozeßvollmacht erteile. Immer wird solchen Bestimmungen das Bestreben des Garanten zugrunde liegen, zu verhüten, daß sich die in der Garantie übernommene Gefahr unnötig erhöhe; nicht aber sollen sie für ihn ein Entgelt sein. Was ihn zur Uebernahme der Garantie bewegt, ist sein tatsächliches Interesse an dem Unternehmen des Garantitars, nicht aber die bestimmte Art der Handlungsweise desselben.

Die Garantie ist in solchen Fällen nicht ein gegenseitiges, sondern ein nicht streng einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis.

Das Gleiche ist zu sagen, wenn Verpflichtungen des Garantitars in der erwähnten Art als Auflagen aufgefaßt werden. Diese beschränken nur die Verpflichtung des Garanten, begrenzen ihren Umfang und bestimmen ihren Inhalt. Sie sind aber nicht von den Parteien als Ausgleich für die Gefahrübernahme des Garanten gewollt. Auch sie machen das Schuldverhältnis der Garantie nicht zu einem gegenseitigen.[15]

Das Gesagte verneint nicht die Möglichkeit, daß die Parteien beim Abschluß des Vertrages etwas anderes gewollt haben. Was gewollt ist, das ist Tatfrage. Nur dann aber, wenn sie die Verpflichtungen des Garantitars nicht als Entgelt für die Verpflichtung des Garanten gewollt haben, liegt ein Garantievertrag und ein Garantieverhältnis vor.

Die Verpflichtung des Garantitars kann auch darin bestehen, daß er spätere, bessere Jahre mit den schlechteren Jahren ausgleichen

14) Darauf aber kommt es an bei der Frage nach der Gegenseitigkeit des Schuldverhältnisses; Haymann, 99.
15) RG. 92, 228; 60, 238.

und die ihm vom Garanten zuteil gewordene Zubuße diesem aus späterem Ueberschuß zurückerstatten soll.[16]

Manche haben bei einem solchen Inhalt des Schuldverhältnisses der Garantie dieses als ein gegenseitiges ansehen wollen.[17] Indessen zu Unrecht. Grundsätzlich ist gegen diese Ansicht zu sagen, daß Rückzahlung, Rückleistung mit Gegenleistung nicht identisch ist. Anderenfalls wäre das unverzinsliche Darlehen gegenseitig entgeltlich.[18] Im besonderen ist zu bemerken, daß diese Rückzahlung in Wirklichkeit keine Rückleistung ist. Der Garant erhält endgültig nicht zurück, was er endgültig zu leisten verpflichtet war. Es handelt sich vielmehr nur um eine bestimmte Art der Verrechnung, die wirtschaftlich von Nutzen ist, weil sie das Unternehmen fördert und das Risiko des Garanten vermindert.

Die Dauer der von ihm übernommenen Garantie wird in der Regel — insbesondere bei größeren, für längere Bestandsdauer geplanten Unternehmungen, wie z. B. Eisenbahnen — vertraglich begrenzt sein. Es handelt sich meistens darum, einem solchen Unternehmen die wirtschaftlichen Anfangsschwierigkeiten überwinden zu helfen. Hat es eine gewisse Stabilität erlangt, hat sich das Risiko vermindert, dann bedarf es einer Garantie nicht mehr. Nach diesem Gesichtspunkt wird sich die Dauer der Garantie im einzelnen Falle bemessen.

Es sei angenommen, sie betrage in einem Falle der Eisenbahngarantie 10 Jahre. Der Staat garantiere für diese Zeit einen jährlichen Mindestgewinn von 30. Damit ist mittelbar auch das Ausbleiben eines Verlustes garantiert.[19] Die endgültige Leistung des Garanten würde dann in der Ausgleichung des Schadens (des Verlustes oder des entgangenen Gewinns) bestehen, der sich nach Ablauf von 10 Betriebsjahren endgültig ergibt

In den ersten Jahren wird ein junges Unternehmen das garantierte Mindesterträgnis kaum erzielen. Erholt es sich später, ist es konsolidiert, so wird sich schließlich am Ende der Garantiedauer bei einer Gesamtabrechnung ergeben, daß die garantierte Gesamtsumme der jährlichen Mindesterträgnisse erreicht, vielleicht ein Mehrbetrag vereinnahmt ist. Praktisch kann sich der Geschäftsgang des

16) Stammler, a. a. O. 69, 99.

17) So J. A. Meyer, 7, 25, 34 ff., der in der bloßen Rückzahlbarkeit der Zuschüsse eine Entgeltlichkeit sieht, „auf Grund wirtschaftlicher Erfahrungen". Er spricht (S. 34) bei Rückzahlungsberedung von „Doppelrisiko mit Deckungschance". Der Garant riskiere 1) zahlen zu müssen, 2) nichts zurückzuerhalten. Meyer bemerkt selbst hierzu, dieses Doppelrisiko entspreche umfänglich dem Risiko bei Garantie ohne Rückzahlungsberedung, aber die Chance falle hier weg.

18) Guggenheim 17, bei Widerlegung der eben (N. 17) erwähnten Ansicht Meyers.

19) Averdunk, 23.

Unternehmens während 10jähriger Garantiedauer etwa so gestalten: (Der Einfachheit halber sind kleine Zahlen gewählt)

Die Höhe des garantierten jährlichen Mindestertrages beträgt 30.

Der Unternehmer hat im ersten Jahre diesen Ertrag nicht gehabt, vielmehr 90 Verlust. Der Garant zahlt 120.

Im zweiten Jahre hat das Unternehmen einen Verlust von 70; der Garant zahlt 100.

Im dritten Jahre erreicht der Verlust eine Höhe von 60; bei der vorläufigen Abrechnung gibt der Garant einen Zuschuß von 90.

Im vierten Jahre ist ein Verlust von 50 zu buchen; der Garant gibt 80.

Im fünften Jahre erleidet das Unternehmen einen Verlust von 20; der Garant zahlt 50.

Vom sechsten Jahre ab hebt sich das Unternehmen und erzielt Ueberschüsse. Diese betragen in den einzelnen folgenden fünf Jahren 10, 80, 150, 250, 300, zusammen 790.

Der Garant hat in den ersten fünf Jahren an Verlust und entgangenem Gewinn gezahlt: 120, 100, 90, 80, 50, zusammen 440.

Die Schlußabrechnung ergibt sonach, daß der Garantitar das garantierte Mindesterträgnis von 300 und darüber hinaus Ueberschüsse erzielt hat, welche den Verlust von 290 (90 + 70 + 60 + 50 + 20) in den ersten fünf Jahren übersteigen. Der Garantitar hat also, einen Schaden in Höhe der Garantiesumme (300 + 290 = 590) nach Ablauf der Garantiezeit nicht erlitten, sondern über die Garantiesumme (590) hinaus einen Gewinn von 200 (790—590) gemacht.

Bei Rückleistungsabrede ist der Unternehmer ungerechtfertigt bereichert und hat dem Garanten nun 440 herauszugeben. Es handelt sich sonach nicht um eine Rückleistung dessen, was der Garant als Schuldner geleistet hat, sondern um die Rückgabe dessen, was er aus wirtschaftlichen Gründen vorläufig zu viel gezahlt hat. Eine solche Rückzahlung kann als eine Gegenleistung im Sinne eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, als ein Entgelt nach dem Willen der Parteien nicht angesehen werden.

Ein begrifflicher Unterschied zwischen den beiden Arten von Garantie, ohne oder mit „Rückleistung" von Garantiebeträgen, besteht nicht.[20] Die Verpflichtung des Garanten ist in beiden Fällen einseitig in dem vertraglich festgesetzten Umfang.

20) Stammler, a. a. O. 69, 101.

Guggenheim[21] will dann die Garantie als entgeltlich ansehen, wenn Zinsen vom Garantitar gezahlt werden müssen.

Ohne Zweifel kann es dem Willen der Parteien entsprechen, daß der Unternehmer für die Uebernahme der Gefahr durch einen anderen diesem eine Vergütung als Entgelt zu zahlen hat. Dann würde ein gegenseitiges Schuldverhältnis vorliegen, aber eben darum keine Garantie. Es käme Versicherung in Frage. Die zu zahlenden Vergütungen lassen sich auch kaum als Zinsen bezeichnen. Zinsen sind Vergütungen für die Ueberlassung eines Kapitals, die auf Bruchteile dieses Kapitals bemessen, im Voraus dem Betrage nach fest bestimmt sind.[22] Ohne Kapitalschuld kann die Zinsschuld nicht entstehen. Ihre Natur ist in diesem Sinne eine akzessorische.[23] Der Garantitar schuldet aber dem Garanten kein Kapital. Zahlt er eine Vergütung für die Uebernahme der Gefahr durch den anderen an diesen, so läßt sich diese allenfalls als Versicherungsprämie ansprechen. —

Es sei an dieser Stelle schließlich noch der Diligenzpflicht des Garantitars gedacht. Dabei handelt es sich um die Frage, ob der Garant auch dann zur Leistung verpflichtet ist, wenn der Mißerfolg des Unternehmens, der dadurch eingetretene Schaden, durch schlechte Geschäftsführung des Garantitars verschuldet ist.[24]

Den Umfang des übernommenen Risikos bestimmt in der Regel der Parteiwille. Es kann danach der Garant von seiner Verpflichtung frei sein, wenn der Grantitar schon durch leichte Fahrlässigkeit den Mißerfolg des Unternehmens verschuldet. Ist hierüber im Vertrage nichts festgelegt worden, dann finden die allgemeinen Regeln Anwendung. Der Unternehmer betreibt mit seiner Unternehmung seine eigenen Angelegenheiten. Die hierfür von ihm zu fordernde Sorgfalt ist inhaltlich keine andere als die diligentia quam suis. Er haftet nach allgemeinen Grundsätzen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.[25]

Es ist auch billig und dem Zweck der Garantie angepaßt, bei nur leichter Fahrlässigkeit des Garantitars den Garanten von seiner Verpflichtung zur Leistung nicht zu befreien, falls nicht etwas anderes durch den Vertrag bestimmt ist. Hiermit ist auch den Interessen des

---

21) S. 17/18.

22) RG. 86, 400; Sachzinsen (z. B. Kornzinsen) kommen bei der Garantie nicht in Betracht.

23) Enneccerus, § 232, II.

24) Die Anwendung des § 254 BGB., der ein allgemeines Prinzip aufstellt, ist nicht aus dem Grunde unzulässig, weil der Garant ohne Verschulden haftet (vgl. Enneccerus § 236, 3 und Anm. 12 sowie die in dieser Anmerk. zit. Entsch.); gleichwohl erscheint die Anwendung dieser Vorschrift mit Rücksicht auf den Zweck und das Wesen der Garantie auf diese nicht zweckmäßig; darüber die weiteren Ausführungen im Text.

25) § 277 BGB.; Enneccerus § 197, III.

Garanten am meisten gedient. Denn nicht bloß der Unternehmer, sondern auch er würde leiden, wenn bei allen kühneren und nicht ganz sicheren Maßnahmen und bei neuen Aufgaben der Einwand des Verschuldens befürchtet werden müßte und deshalb z. B. die Leiter einer Ausstellung zu unangebrachter Aengstlichkeit verleitet und von jeder Unternehmungslust abgeschreckt werden würden.[26] Die Garantie würde dann als rechtliches Mittel für ihren wirtschaftlichen Zweck, riskante Unternehmungen zu ermöglichen und zu fördern, in den meisten Fällen nicht verwendbar sein.[27]

Wann grobe Fahrlässigkeit des Garantitars vorliegt, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden. Das Gesetz sagt nicht, was unter grober Fahrlässigkeit zu verstehen ist. Es muß eine besonders schwerwiegende Verletzung der schuldigen Sorgfalt, ein Außerachtlassen auch der geringsten Aufmerksamkeit vorgeworfen werden können.[28]

Festzuhalten ist, daß die Diligenzpflicht des Garantitars keine Verpflichtung ist, die nach dem Willen der Parteien ein Entgelt für die Gefahrübernahme des Garanten sein soll. Sie bestimmt lediglich den Umfang der Haftung des Garanten.[29] Auch sie vermag an der Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten nichts zu ändern.

Alle gegenseitigen Schuldverhältnisse sind, wie bereits erwähnt wurde,[30] gleichzeitig entgeltlich.

Nicht richtig ist die Umkehrung dieses Satzes. Nicht alle entgeltlichen Schuldverhältnisse sind gegenseitige, z. B. nicht das verzinsliche Darlehen. Dieses ist einseitig verpflichtend.[31] Die Entgeltlichkeit darf nicht mit der Gegenseitigkeit des Schuldverhältnisses verwechselt werden.[32]

Der Darlehnsschuldner hat vom Darleiher ein Kapital realiter erhalten. Beim verzinslichen Darlehen besteht neben seiner Rückgabe=

---

26) Rspr. 34, 78 f (OLG. Dresden, 2. ZS. Urt. v. 17. 3. 16). Das OLG. sagt, es könne zweifelhaft erscheinen, ob der Garant schon grobe Fahrlässigkeit des Gegners einwenden kann oder ob dazu nicht besonders große, an Arglist grenzende Leichtfertigkeit erforderlich sei. — Soweit möchte ich nicht gehen. — Stammler, a. a. O. 69, 137/138 will den Garanten bei Verschulden des Garantitars nicht haften lassen; ebenso Crome II, 2, 895. Stammler, a. a. O. in Anm. 298 führt den Fall an, daß eine Eisenbahngesellschaft den Güterverkehr nicht über die garantierte, sondern über eine nicht garantierte Linie laufen läßt und das Mindererträgnis der garantierten Linie dann vom Garanten verlangt. Stammler will ein Verschulden der Bahn dann nicht für gegeben erachten, wenn aus diesem „Manöver", wie er sagt, den am Güterverkehr Beteiligten ein Nachteil nicht entsteht. — Sollte aber in dem Verhalten der Bahn, wenn es sich nicht um einige leicht fahrlässige Versehen handelt, nicht eine grobe Fahrlässigkeit, wenn nicht Vorsatz gegenüber dem Garanten liegen? Stände diesem nicht eine exceptio doli zu?

27) So RG. in JW. 1899, 215.

28) RG. 58, 162; „Grobfahrlässig handelt, wer jede Vorsicht außer Acht läßt."

29) Sie ist keine vertragliche Pflicht des Garantitars, sondern eine Haftungsbedingung zu Gunsten des Garanten; RG. im Recht, 1910 No, 2168; Levin 81; Förster, 123.

30) S. 56.

31) § 607 BGB.

32) Enneccerus § 343, Anm. 6, a. E.

pflicht noch die Zinsenschuld. Der Garant erhält nicht, auch nicht rein tatsächlich, Geld oder eine andere vertretbare Sache vom Garantitar. Wäre es der Fall, so würde eine Garantie nicht gegeben sein. Es ist nicht ersichtlich, welches Entgelt der Garant dem Garantitar schulden könnte. Er übernimmt nur die Verpflichtung der Gefahrtragung. Die Garantie ist ein einseitiges und gleichzeitig ein unentgeltliches Schuldverhältnis.

Mit den vorstehenden Ausführungen ist das zweite grundwesentliche Merkmal der Garantie, die Einseitigkeit (Unentgeltlichkeit) der Verpflichtung des Garanten zur Darstellung gebracht.

§ 15.

3. grundwesentliches Artmerkmal: Hauptschuld.

Ein Schuldverhältnis kann ohne rechtliche Beziehung auf ein anderes Schuldverhältnis entstehen. Es hat seinen eigenen Inhalt und Umfang, die durch seinen Entstehungsgrund (Gesetz oder Vertrag) unmittelbar bestimmt sind. Auch sein Fortbestand und sein Erlöschen sind ohne jede Beziehung auf ein anderes Schuldverhältnis. Seine rechtlichen Schicksale werden lediglich durch seine eigenen Regeln bestimmt. Es ist in seiner Entstehung, in seinem Fortbestande, in etwaigen Veränderungen, in seinem Erlöschen unabhängig von einem anderen Schuldverhältnis, von einem solchen losgelöst, absolut.

Ein Schuldverhältnis, das in seinem Inhalt und Umfang eine Beziehung zu einem anderen Schuldverhältnis hat, ist relativ.[1] Hier sind zwei Fälle denkbar.

Ein Schuldverhältnis kann zunächst nur hinsichtlich seiner Entstehung ein relatives sein. Seine weiteren rechtlichen Schicksale sind unabhängig von einem anderen Schuldverhältnis. Das ist z. B. der Fall bei der (privativen) Schuldübernahme.[2] Der bisherige Schuldner wird frei, ein neuer Schuldner tritt ein, die Obligation bleibt nach Inhalt und Umfang dieselbe. Weitere Beziehungen des neuen Schuldverhältnisses zum früheren bestehen in Zukunft nicht.[3] Für den Fortbestand, Veränderung, Erlöschen des neuen Schuldverhältnisses gelten die allgemeinen Regeln über Schuldverhältnisse, soweit nicht etwas Besonderes bestimmt wird. Ebenso bei Schuldbeitritt (kumulativer

1) Förster, 108.
2) BGB. §§ 414, 415.
3) Die Schuldübernahme setzt eine gültige Schuld voraus. Auch zukünftige Schulden können übernommen werden; der Uebergang erfolgt dann gleichzeitig mit der Entstehung. Enneccers, § 308, I, 2 und Anm. 1.

Schuldübernahme).[4] Der Beitretende wird Gesamtschuldner.[5] Er übernimmt eine eigene selbständige Verbindlichkeit, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein soll.[6]

Auch das Schuldverhältnis der Erfüllungsübernahme setzt für seine Entstehung ein anderes Schuldverhältnis voraus, um dessen Erfüllung es sich handelt. Die Erfüllungsübernahme begründet aber ein Schuldverhältnis zwischen dem Uebernehmer und dem Schuldner eines Dritten. Der Uebernehmer tritt nicht in den Verband des ursprünglichen Schuldverhältnisses ein. Der Gläubiger desselben erlangt keinen Anspruch gegen den Uebernehmer, es sei denn, daß die Erfüllungsübernahme zu Gunsten des Gläubigers geschieht,[7] oder mit ihr ein Schuldbeitritt verbunden wird.[8] In beiden Fällen ist die Erfüllungsübernahme nach ihrer Entstehung ohne Beziehung zu dem ursprünglichen Schuldverhältnis.

Die Beziehung des neuen Schuldverhältnisses zu dem ursprünglichen kann aber auch nach seiner Entstehung fortdauern. Das erste bleibt dann in seinem Fortbestande nach Inhalt und Umfang von dem zweiten abhängig. Seine weiteren rechtlichen Schicksale richten sich nach dem ursprünglichen Schuldverhältnis. Das trifft zu bei der Bürgschaft.[9] Das Bürgschaftsverhältnis tritt zu dem ursprünglichen Schuldverhältnis hinzu und bleibt als ein hinzugetretenes bestehen, ist, wie die Wissenschaft sagt, akzessorisch.[10] Es ist dauernd abhängig.

Die absolute Schuld läßt sich im Anschluß an das BGB. als Hauptschuld bezeichnen. So heißt es im § 767 I, 1: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend." In § 768 I, 1 wird gesagt: „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen." Das BGB. stellt Bürgenverpflichtung und Hauptverbindlichkeit, relative und absolute Schuld, Bürge und Hauptschuldner einander gegenüber.

---

4) Reichel (Schuldmitübernahme, 1909; BayZ. 10, 125 ff.; Gruchot 61, 548) wählt für Schuldbeitritt den Ausdruck Schuldmitübernahme, bezeichnet diese aber selbst als „Beitritt als solidarischer Mitschuldner".

5) § 421 BGB.; RG. 64, 318; 59, 233. Gruchot 50, 945; 54, 149; Enneccerus, § 308, III, 2; Siméon-David I, 1 383.

6) RG. 64, 319.

7) BGB. § 329; ein unmittelbares Recht des Gläubigers gegen den Uebernehmer ist im Zweifel nicht anzunehmen.

8) Enneccerus § 308, III, 1; Siméon-D. I, 1, 383.

9) § 765 f. BGB.

10) Westerkamp, 82 und 171, spricht von einem „Gleichlauf" der Verpflichtungen des Hauptschuldners und des Bürgen; Förster, 103, sagt, die Bürgschaft spiegle mit photographischer Treue die Hauptobligation wider; Reichel, Schuldmitübernahme, 83, vergleicht die Bürgschaft mit einem Stern, der kein eigenes Licht hat.

Entsprechend kann man ein relatives Schuldverhältnis als Nebenschuld bezeichnen.[11] Ist diese dauernd von der Hauptschuld abhängig wie die Bürgenschuld, so handelt es sich nach wissenschaftlichem Sprachgebrauch um eine akzessorische Nebenschuld.[12] Ist die Nebenschuld nur in ihrer Entstehung von der Hauptschuld abhängig, dann aber selbständig wie z. B. die Schuldübernahme, so kann man sie von der akzessorischen Schuld durch die Bezeichnung unabhängige Nebenschuld scheiden.[13]

Es empfiehlt sich nicht, wie es in RG. 64,319 geschieht, auch die unabhängigen Nebenschuldverhältnisse als akzessorische zu bezeichnen. In dieser Entscheidung wird vom Schuldbeitritt (Schuldmitübernahme) gesagt, er sei eine selbständige Verbindlichkeit nach BGB. § 421. Der Schuldner übernehme eine eigene selbständige Verbindlichkeit, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein solle. Dadurch werde die Akzessorietät nicht beseitigt, sondern nur eingeschränkt; sie wirke nur bei der Errichtung des neuen Schuldverhältnisses mit, nicht auch beim Fortbestande (wie bei der Bürgschaft). Dadurch wird der von der Wissenschaft scharf umgrenzte Begriff der Akzessorietät in eine eingeschränkte und eine uneingeschränkte Akzessorietät gespalten. Im Interesse klarer Scheidungen liegt es, akzessorisch, wie bisher, nur solche Nebenschuldverhältnisse zu nennen, die auch in ihrem Fortbestande von der Hauptschuld abhängig bleiben. Die anderen Nebenschuldverhältnisse sind mit dem Ausdruck unabhängige Nebenschuldverhältnisse so gekennzeichnet, daß sie von der Hauptschuld sowohl wie von der akzessorischen Schuld geschieden sind.[14]

Die Ausdrücke selbständig und unselbständig zur Bezeichnung des Verhältnisses von Hauptschuld und Nebenschuld werden als nicht zutreffend besser vermieden. Auch die Nebenschuld ist z. B. bei Schuldübernahme selbständig, nicht Teil eines anderen Schuldverhältnisses, der Hauptschuld. Selbst die akzessorische Bürgenschuld ist nicht unselbständig. Sie ist eigenartiger rechtlicher Schicksale fähig[15] und

11) Nicht Nebenverpflichtung, die zum Inhalt eines einzelnen Schuldverhältnisses gehört, sogen. accidentale, z. B. bei Miete. Es empfiehlt sich nicht, die Bürgenverpflichtung als Nebenverpflichtung (so Westerkamp, 39) zu bezeichnen.

12) J. III, 20, 5: Fideiussores ita obligari non possnnt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur; nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam iu principali pe.

13) Auch die Nebenschuld, selbst die akzessorische, ist eine eigene Schuld des Nebenschuldners. Leistet der Bürge, so erfüllt er außer der Hauptschuld (§ 766, S. 2 BGB.: soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt) auch eine eigene Schuld (solvit et suo nomine, D. 17, 1, 28). Enneccerus § 411 A. 2. a. A. Opitz, 3 f. 6, der (im Anschluß an Siber, Rechtszwang, 238 f.; Oertmann, Bem. 1 b zu § 774 BGB.) eine Erfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen verneint.

14) Reichel, Schuldmitübernahme, 83, sagt, bei Schuldbeitritt liege keine Akzessorietät vor; ähnlich Salinger, 83.

15) v. Gierke, DPrR. III, 776.

besitzt insoweit sogar eine gewisse Unabhängigkeit von der Hauptschuld. Sie hat ihren eigenen Erfüllungsort, nicht ohne weiteres den der Hauptschuld; sie kann einen besonderen Gerichtsstand begründen, hat ihr eigenes örtliches Recht nach internationalem Privatrecht; sie kann ferner, ohne daß die Hauptschuld hiervon berührt wird, nichtig oder anfechtbar sein oder für sich erlöschen.[16] Es ist nicht richtig, den begrifflichen Unterschied zwischen Hauptschuld und Bürgenschuld dadurch zu bezeichnen, daß die Hauptschuld als selbständig, die Bürgenschuld als unselbständig gekennzeichnet wird.

Die Garantie ist eine absolute, eine Hauptschuld in dem dargelegten Sinne, keine Nebenschuld, insbesondere keine akzessorische.[17] Ihr Inhalt und Umfang bestimmt sich nicht nach einem anderen Schuldverhältnis, sondern lediglich nach den Bestimmungen ihres Begründungsaktes, des Vertrages, und nötigenfalls nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über Verträge. Das trifft auch dann zu, wenn der Garant dem Gläubiger einer Forderung für die Erfüllung der Schuld garantiert (sogen. Forderungsgarantie).[18] Der Garant übernimmt hier lediglich die Gefahr der Nichterfüllung. Er hat den Schaden zu tragen, der möglicherweise dem Gläubiger infolge seiner Handlungsweise, die ihn zum Gläubiger macht, treffen kann. Die Begründung einer Forderung, oder, wenn diese bei Uebernahme der Garantie besteht, ihre Stundung, Erhöhung oder die Unterlassung ihrer Geltendmachung im Klagewege ist nur eine von den vielen Handlungsweisen, für welche garantiert werden kann.

Die Verpflichtung des Garanten ist eine absolute, ohne jede Beziehung auf die bestehende Schuld als solche, sie ist eine in ihrem Bestande von dieser völlig unabhängige. Der Garant ist zur Leistung verpflichtet, auch wenn sich nachträglich die Forderung als rechtsungültig erweist. Hierdurch unterscheidet sich die Garantie wesentlich von der Bürgschaft oder Schuldübernahme, von jeder Nebenschuld. Inhalt der Garantie ist die Gefahrtragung, darin beruht ihr wirtschaftlicher Wert; sie erweist sich so als die Form, in welcher das Recht einem wirtschaftlichen Bedürfnis Rechnung trägt.

---

16) v. Gierke, a. a. O. 43; Enneccerus § 412 II, 5. Das RG. bestimmt den Erfüllungsort des Bürgen grundsätzlich selbständig, ist aber geneigt, eine Ausnahme zu machen, wenn der Erfüllungsort der Hauptschuld auf Vereinbarung beruht. Vgl. RG. 71, 59; 73, 262; Gruchot 44, 1071; Enneccerus a. a. O. Anm. 13.

17) So einstimmig Literatur und Rechtsprechung. Vgl. z. B. Stammler, a. a. O. 69, 36 f; Enneccerus § 417, II, 2; Levin 14, ff; Boldt 24; Weber 9 ff; Grothaus 37, Averdunk 52 f; RG. 90, 415 ff,; Rspr. 20, 236. D, 16, 1, 8, 1, heißt es von einer Mutter, die den Vormündern ihres Sohnes gegenüber eine Garantie übernommen hatte: nullum enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam sed ipsam fecisse hanc obligationem (Papinian verneint daher die Anwendbarkeit des SC. Vellejanum.)

18) Vgl. die Entscheidungsgründe in dem von Stammler, a. a. O. 69, 83, erwähnten Fall.

Es sei hier noch die Frage einer Mehrheit von Garanten[19] berührt. Durch das Auftreten mehrerer Garanten ändert sich der Rechtsbegriff der Garantie nicht.[20] Es kann sich nur darum handeln, welche rechtlichen Folgen sich hieraus ergeben, welche von den mehreren Garantien der Garantitar geltend machen darf. Alle zugleich oder nacheinander? Im letzten Falle, in welcher Reihenfolge? Oder ohne Einhaltung einer solchen jede nach seinem Belieben (per saltum)? Jede einzelne in ihrem vollen Umfange oder zu einem verhältnismäßigen Schadensanteil?

Haben sich mehrere Garanten durch einen Garantievertrag gemeinschaftlich zur Leistung verpflichtet, so liegt nur ein Schuldverhältnis vor. Die Leistung ist Tragung des Schadens, Vermögensverlust oder Gewinnentgang. Die Leistung ist regelmäßig Geld und teilbar. Die Garanten haften dann als Gesamtschuldner. Der Garantitar kann die Leistung, zu deren Forderung er nur einmal berechtigt ist, nach seinem Belieben von jedem der Garanten ganz oder zum Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Garanten verpflichtet.[21] Das Gleiche ist der Fall, wenn es sich in einem Ausnahmefall um eine unteilbare Leistung handelt.[22]

Die Garanten können sich auch in einem gemeinsamen Garantievertrage in der Weise verpflichten, daß jeder nur eine bestimmte Quote (Prozentsatz) des möglichen Schadens tragen will und die Summe dieser Quoten den ganzen Schaden (100%) ausmachen soll. Das Maß der Leistung des einzelnen ergibt sich hieraus von selbst.[23]

Haben sich von mehrereren Garanten die einzelnen unabhängig voneinander verpflichtet, so bestehen ebenso viele einzelne Garantieschuldverhältnisse als Garanten vorhanden sind. Die Rechtslage ist keine andere, als wenn mehrere Mieter mit einem Vermieter gleichlautende Mietverträge geschlossen haben. Jeder Garant ist zur Leistung aus seinem Schuldverhältnis heraus dem Garantitar gegenüber zur Leistung verpflichtet.[24] Die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des einzelnen Schuldverhältnisses, insbesondere wegen Arglist, unterliegt den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften.

Hat der Garantitar bei Begründung der mehreren Garantien in unredlicher Absicht gehandelt, so wird man die Bestimmung des VVG. über Doppelversicherung[25] entsprechend anwenden dürfen.

19) Vgl. Stammler a. a. O. 132; RG. 6, 177 ff.
20) Averdunk, 26.
21) §§ 427, 421 BGB.; über Solidarhaftung bei Pfandbriefgarantieen: Nußbaum, 229 f.
22) § 431 BGB.; Stammler, a. a. O. 130.
23) Vgl. hierzu VVG. § 58.
24) Stammler a. a. O. 131 f.
25) VVG. § 59.

Danach ist die vom Garantitar unredlich eingangene Doppelgarantie nichtig. Doppelversicherung liegt vor, wenn die mehreren Versicherungssummen den Versicherungswert übersteigen.[26] Doppelgarantie ist dann gegeben, wenn die versprochenen Garantieleistungen die Höhe des tatsächlichen Schadens übersteigen.

In der Regel wird eine unredliche Absicht des Garantitars nicht vorliegen. Die Voraussetzungen der Garantie sind hier andere als bei der erwähnten Bestimmung des VVG. Die (privaten) Versicherungsgesellschaften bieten infolge ihres planmäßigen Großbetriebes die Gewähr, daß sie die dem Versicherungsnehmer versprochene Leistung auch bewirken. Hinzukommt, daß sie ihr Geschäft unter Aufsicht des Staates betreiben.[27] Dadurch ist für den Versicherungsnehmer ein starker Anreiz gegeben, gegen geringes Entgelt (Prämie) einen Gewinn zu erzielen, sich zu bereichern. Die Bestimmung des VVG. über die Doppelversicherung schafft hier ein Gegengewicht. Anders bei der Garantie. Der Garantitar wird oftmals mit Recht zweifeln können, ob er durch einen einzelnen Garanten hinreichend gesichert sei. Vielleicht kennt er dessen Vermögensverhältnisse nicht genau oder er berücksichtigt die Tatsache, daß das Vermögen des einzelnen große wirtschaftliche Schwankungen weniger leicht zu überwinden vermag als große Gesellschaftsvermögen.

§ 59 VVG. behandelt bei nicht unredlicher Doppelversicherung die Versicherer wie Gesamtschuldner;[28] jeder Versicherer haftet auf seine eigene Vertragsleistung, der Versicherte erhält die Leistung nur einmal, und der Betrag kann zwecks Ausgleichung im Innenverhältnis der Versicherer auf diese umgelegt werden. Zu einer analogen Anwendung dieser Bestimmung auf mehrere Garanten bei mangelnder Unredlichkeit des Garantitars liegt aus den angeführten Gründen keine Veranlassung vor.

Weiß der Garant nichts von dem Bestehen mehrerer Garantien hinsichtlich derselben Handlungsweise des Garantitars, so wird er seinen Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten können, wenn er auf Befragen des Garantitars von diesem getäuscht worden ist;[29] oder der Garantitar hat Treu und Glauben, wie sie vom Verkehr erfordert werden, verletzt, dann hat der Garant eine exceptio doli generalis.[30]

Ist dem Garanten das Vorhandensein mehrerer selbständiger Garantien bekannt, dann ist er auch unter diesen Umständen mit

26) RG. 35, 60.
27) Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. 5. 1901.
28) RG. 92, 401; 77, 317; Siméon-David I, 1, 562 Anm. 12.
29) BGB. § 123.
30) BGB. § 242, § 157.

seiner Inanspruchnahme einverstanden und zur Leistung verpflichtet. Hat in einem solchen Falle einer der Garanten geleistet, so sind die andere1 frei. Eine Gefahr besteht nicht mehr, der eingetretene Schaden ist durch den leistenden Garanten vom Garantitar abgewendet. Dieser kann den befriedigten Garantieanspruch nicht mehr erheben.[31]

Einen Ausgleichungsanspruch untereinander haben die mehreren Garanten nicht, wenn nicht ein (echtes) Gesamtschuldverhältnis unter ihnen besteht.[32]

Ob eine Hauptschuld (Garantie) oder eine Nebenschuld (Bürgschaft, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme) vorliegt, entscheidet sich nicht nach den von den Parteien beim Vertragsabschluß gewählten Ausdrücken. Es kommt nicht darauf an, wie die Vertragsschließenden die Verpflichtung rechtlich bezeichnen, sondern darauf, wie sich der Inhalt der übernommenen Verpflichtung rechtlich darstellt.[33] Hierüber besagen die Ausdrücke „aufkommen, einstehen, sich verbürgen, garantieren" an sich noch nichts. Es muß der damit bezeichnete Parteiwille festgestellt werden.[34]

§ 16.

Zusammenfassung der grundwesentlichen Artmerkmale: Definition.

Die bisherigen Erörterungen haben drei grundwesentliche Artmerkmale der Garantie zur Darstellung gebracht. Ausgegangen wurde dabei von dem entfernteren Gattungsbegriff im rechtswissenschaftlichen System, von dem Schuldverhältnis. Es wurde weiter dargelegt, daß die Garantie nicht eine unselbständige Nebenverpflichtung im Inhalt eines anderen Schuldverhältnisses, sondern ein selbständiges Schuldverhältnis ist. Durch die Feststellung der (immanenten) causa der Garantie, der Sicherung des Gläubigers gegen Vermögensschaden, wurde die entferntere Gattung, das Schuldverhältnis, determiniert als die besondere Art des Sicherungs-Schuldverhältnisses. Damit war der nähere Gattungsbegriff zur Garantie gewonnen.

Die Rechtsbegriffe sind, wie dargelegt wurde,[1] synthetisch-normative. Sie stellen Normen auf, um die Beziehungen der Rechtssubjekte zu Personen oder Sachen zu regeln. Sie lassen sich daher

---

31) Stammler a. a. O. 132; RG. 6, 177 ff., wo gesagt ist, daß sich aus der rechtlichen Natur des Versicherungsgeschäfts zwar die Unmöglichkeit einer doppelten Vergütung desselben Schadens ergibt, nicht aber die Unmöglichkeit, daß zwei Schuldner für die Leistung der einfachen Vergütung existieren und sich zwei Versicherungsanstalten zum Ersatz eines und desselben Schadens verbindlich machen, — Ebenso liegt es bei der Garantie.

32) RG. 67, 128; 92, 401; Siméon-David I, 1, 394, d; Enneccerus, § 313, a. E. — a. A. Averdunk, 30.

33) RG. 92, 123; 90, 416.

34) RG. 61, 157; 69, 416; 72, 138; Recht 1917, No. 194.

1) S. 6, II.

auch als Verhältnisbegriffe, als relative in diesem Sinne, bezeichnen.[2] Bei solchen Begriffen gehören die Beziehungen, die Relationen, zu ihren wesentlichen Merkmalen. Diese lassen sich in grundwesentliche und abgeleitete Wesensmerkmale scheiden.[3] Wir hatten es zunächst mit den grundwesentlichen Merkmalen zu tun.

Es waren daher die Beziehungen innerhalb des Sicherungs-Schuldverhältnisses der Garantie zwischen den Beteiligten darzustellen. Diese Beziehungen sind es, welche der Garantie als einem Selbstzweck in der Stufenreihe der rechtlichen Beziehungen überhaupt, im Ganzen des wissenschaftlichen Rechtssystems, zukommen.[4] Drei grundwesentliche Merkmale kamen zur Darstellung: Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars durch den Garanten, Einseitigkeit seiner Verpflichtung und das Merkmal der Hauptschuld.

Damit war die Darlegung des Inhalts der Garantie gegeben.

Ausgegangen war dabei von dem Dasein des Garantiebegriffs, wie er in der Rechtsliteratur, zuerst von Stammler, und in der Rechtsprechung herausgearbeitet worden ist. Es wurde früher betont,[5] daß es sich hier nicht um das Finden des Garantiebegriffs, sondern um seine Darstellung handelt. Die genaue und vollständige Darlegung eines Begriffsinhaltes wird von der Logik als Partition bezeichnet.

Die Zusammenfassung des in der Partition auseinandergelegten Begriffsinhaltes geschieht in der Definition. Insofern die Definition die wesentlichen Merkmale wiedergibt, ist sie eine Essentialdefinition,[6] eine (logische) Wesenserklärung, keine Attributivdefinition oder Erklärung durch abgeleitete Bestimmungen. Sie ist analytisch gebildet, d. h. im Anschluß an die in der Rechtswissenschaft übliche Vorstellungsweise, nicht synthetisch, d. h. nicht neu und frei, nicht ohne Uebereinstimmung mit ihrem Gebrauche in der Rechtswissenschaft.[7]

In der Definition muß die Gesamtheit der wesentlichen Merkmale des Begriffs angegeben werden. Diese sind teils solche, die der zu definierende Begriff mit den ihm nebengeordneten Begriffen teilt

2) Ueberweg, Logik, 1857, 109.

3) Vgl. S. 10/11.

4) Ueberweg a. a. O.; Sigwart I, 358: „Wesentlich sind die Merkmale, welche erfahrungsgemäß zusammengehören, sich gegenseitig bedingen und in ihrer Zusammenfassung die Besonderheit des Gegenstandes ausmachen, der sich gerade durch diese Merkmale von anderen Gegenständen (derselben Kategorie) unterscheidet."

5) §§ 2, 3.

6) Es handelt sich nicht bloß um die Bestimmung eines terminus techn., nicht um eine bloße Namens-, sondern eine Sacherklärung. Wissenschaftliche Begriffe sind nicht bloße terms oder names im Sinne der engl. Logik, sondern haben einen Wesensinhalt. Vgl. Erdmann 55.

7) Sigwart, I. 384; Ueberweg, 125 f.

und die demgemäß auch den Inhalt des übergeordneten Begriffs ausmachen, teils solche, durch die er sich von den nebengeordneten Begriffen und von dem übergeordneten Begriff unterscheidet. Die Definition muß eben darum den Gattungsbegriff und die Artunterschiede enthalten.[8]

Die Definition des Garantiebegriffes (erklärendes Urteil)[9] lautet demgemäß:

Garantie ist ein selbständiges Sicherungs-Schuldverhältnis, kraft dessen der Garant als Hauptschuldner und einseitig verpflichtet ist, die künftige Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars zu tragen.

Die Definition ist eine Gleichung zwischen zwei Zeichen desselben Begriffes, die sich darum auch umkehren läßt.[10] Die Umkehrung ist ein Prüfungsmittel dafür, ob die Definition auch nicht zu eng oder zu weit, sondern adäquat ist.[11] Trifft dies zu, dann ist die Definition auch in ihrer Umkehrung wahr. Diese lautet für die angegebene Definition der Garantie:

Ein selbständiges Sicherungs-Schuldverhältnis, kraft dessen der Schuldner als Hauptschuldner und einseitig verpflichtet ist, die künftige Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Gläubigers zu tragen, ist eine Garantie.

Der nächste Paragraph soll zeigen, daß die angeführten grundwesentlichen Merkmale der Garantie ausreichend sind, um dieselbe von anderen Schuldverhältnissen begrifflich zu scheiden und ihre Eigenart zu bestimmen.

§ 17.

Garantie und verwandte Schuldverhältnisse. Garantie und Schenkung.

Durch die Definition der Garantie ist dieser ihre Stellung im Rechtssystem angewiesen. Sie gehört zu den selbständigen Schuldverhältnissen, ist nicht bloß Nebenverpflichtung, die mit einer Hauptverpflichtung zusammen den Inhalt eines einheitlichen Schuldverhältnisses ausmacht, das nicht Garantie ist. Im Reich der Schuldverhältnisse gehört die Garantie zur Gruppe der kausalen Sicherungs-Schuldverhältnisse d. h. derjenigen, deren causa die Sicherstellung des Gläubigers gegen einen Schaden ist.

---

8) Ueberweg, 123 f.

9) Sigwart I, 382; „In dem Begriff als Urteil zeigt sich die logische Verwandtschaft zwischen beiden." Windelband, Encykl. der philos. Wissenschaften, Tübingen 1912, I, 20 f.

10) Sigwart, I, 382.

11) Ueberweg, 132.

In dieser Gruppe der Schuldverhältnisse sind die verwandten Schuldverhältnisse der Garantie zu suchen. Sie sind die unter dem erwähnten Oberbegriff der Sicherungs-Schuldverhältnisse nebengeordneten Obligationen. Von ihnen muß sich die Garantie durch die dargelegten Wesensmerkmale hinreichend abgrenzen lassen, wenn sie richtig bestimmt sind.

Hier fällt der Blick zuerst auf die Bürgschaft.[1]

Diese ist akzessorisch, eine Schuld mit dauernder Abhängigkeit von ihrer Hauptschuld. Von ihr scheidet die Garantie schon ausreichend das Merkmal der Hauptschuld, welches der Garantie zukommt.[2] Aus diesem Grunde kann auch, wie früher ausgeführt wurde,[3] im Falle der sogenannten Forderungsgarantie eine Vermischung von Garantie und Bürgschaft nicht eintreten. Das Verhältnis der Garantie zur Bürgschaft läßt sich mit dem Verhältnis von Grundschuld zur Hypothek vergleichen.[4] — Die Ausfalls- oder Schadlosbürgschaft ist eine Nebenschuld. Sie ist nach der herrschenden Ansicht Bürgschaft, nicht Garantie.[5] Der Ausfallsbürge unterscheidet sich von dem Bürgen, der für die ganze Hauptschuld einzustehen verspricht, nur durch die vertragliche Bestimmung des Umfangs seiner Haftung. Er verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten insoweit einzustehen, als dieser nicht leisten wird.[6] — Die Bürgschaftsparteien gehen dabei von der Annahme aus, der Schuldner werde seine Leistung wenigstens zu einem Teil bewirken.[7] Wird hierbei der Umfang der Bürgenleistung vertraglich nicht begrenzt, so muß der Bürge für die

1) Die Literatur behandelt die Garantie im Anschluß an die Lehre von der Bürgschaft. Die Mot. II, 658, erwähnen sie gleichfalls bei der Bürgschaft. Die Rspr. stellt sie der Bürgschaft gegenüber, z. B. RG. 61, 161; 72, 138 ff; Gruchot 51, 595; Warn. No. 9, No. 344. — Nur Oertmann (Bem. 2 d zu § 676) behandelt die Garantie bei der Lehre über den Auftragsvertrag.

2) Stammler, a. a. O. 69, 36 f., die übrige Literatur und die Rechtsprechung; die Rück- und die Nachbürgschaft sind Arten der Bürgschaft, von denen das Obengesagte gleichfalls gilt.

3) S. 65, Abs. 1.

4) BGB. §§ 1191, 1192; 1113, 1153; über das Verhältnis von Grundschuld und Hypothek s. Wolff, SaR. § 132 (S. 450 ff.).

5) Planck, Bem. II, 3, e, vor § 765. Staudinger, Bem. 9 c zu § 765; Oertmann, Bem. 3, e, vor § 765; Dernburg, II, § 298, II; Enneccerus § 411, I, 5 und Anm. 7; Stammler, a. a. O. 69, 37, wo auf Sächs. BGB. §§ 1452, hingewiesen ist, die den Begriff der Schadlosbürgschaft scharf und gut gefaßt haben. Kroener, 47 ff.; Grell, 16 ff.; ROHG. 13, 72 ff.; RG. 75, 186. — And. Ans.: v. Tuhr, II, 2, 176, Anm. 14; Cosack, BGB. I, § 158; v. Gierke, DPrR. III, 794, der allerdings in Anm. 9 a. a. O. sagt, die Grenzen seien sehr unsicher; Bindewald, 1 ff.; B. stützt seine Ansicht auf die nicht begründete Behauptung, „daß gemeinhin ein Verbürgungswille der Schadlosbürgen (besser Ausfallsgaranten nicht vorliegt“ (S. 42, 54), sagt dann aber (S. 56) „die Bürgschaft sei der im Verkehr üblichste Fall der Sicherung eines Forderungsgläubigers“; gegen ihn Schwenke, 54 f.; Guggenheim, 55 ff.; Grothaus, 43 f.

6) Vgl. D. 45, 1, 116; 46, 1, 41; 46, 2, 6; 46, 3, 21; 50, 16, 150: quanto minsu a Titio consecutus fuero. tautum dare spondes?

7) ROHG. 13, 72 ff.; RG. 75, 186 ff.; AG. LZ. 1922, 711; hier ist als Bürgschaft die geschäftliche Erklärung bezeichnet: „Ich übernehme volle Garantie für die Firma D. insoweit, als sie ihrer vertraglichen Verpflichtung Ihnen gegenüber nicht nachkommen wird.“

ganze Schuld einstehen, falls der Ausfall so viel beträgt;[8] anderenfalls nur im Umfange des Ausfalls.

Im Falle der Schadlosbürgschaft ist nur von Anfang an vertraglich festgestellt, was nach der akzessorischen Natur der Bürgschaft und den gesetzlichen Bestimmungen bei jeder Bürgschaft eintreten kann, wenn der Schuldner wenigstens teilweise leistet.[9]

Sowohl Bürgschaft schlechthin als Schadlosbürgschaft sind eine akzessorische Nebenschuld und hierdurch wesentlich verschieden von der Garantie als einer Hauptschuld.

Das unentgeltliche Delkredere für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten kann, je nach dem Willen der Parteien, Bürgschaft oder Forderungsgarantie sein.[10] Maßgebend ist auch hier das Merkmal Nebenschuld oder Hauptschuld.[11]

Die Hauptschuld unterscheidet die Garantie ferner von dem Schuldbeitritt. Dieser ist, wie früher erwähnt wurde,[12] zwar nicht akzessorisch, aber eine unabhängige Nebenschuld. Er setzt zu seiner Entstehung ein Schuldverhältnis voraus, steht insoweit zu diesem in Beziehung. Er ist hinsichtlich seiner Entstehung eine Nebenschuld zur Hauptschuld, seine Entstehung ist von der Rechtsbeständigkeit dieser abhängig. Das Gleiche ist von der (privativen) Schuldübernahme zu sagen.

Zu den bürgschaftsähnlichen Geschäften gehört auch der Kreditauftrag. Förster hat in seiner eingehenden Abhandlung über den Kreditauftrag versucht, diesen begrifflich als Garantie zu begründen.[13] Es sei daher der Kreditauftrag etwas ausführlicher erörtert.

Für den Kreditauftrag kommt § 778 BGB. in Betracht. Diese gesetzliche Bestimmung ist die Grundlage für die Beantwortung der Frage, wie der Kreditauftrag in unserer Rechtsordnung begrifflich zu beurteilen ist.

---

8) Vgl. D. 45, 1, 116: Decem stipulatus a Titio postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire.

9) § 767 BGB.; JW. 1912, 455 f.

10) Staub, § 349 A. 62; § 394 A. 5 u. 10; Grell, 38.

11) ROHG. 5, 228 ff.; vgl. hinsichtlich des Kommissionärs § 394 HGB., § 765 II BGB.; § 392 HGB.; Dür.-Hach. 279; Meinrath, 45; v. Gierke, a. a. O. III, 777, Anm. 44, sieht das Delkredere des Kommissionärs als Erweiterung seiner Haftung aus dem Kommissionsverhältnis an, ebenso Grell, 37; als bürgschaftsähnlich bezeichnen. A. 1 zu § 394, Brothaus, 57 f.; vgl. auch ROHG. 23, 107.

12) S. 62, Abs. 4.

13) Försters Ansicht hat sich Köstlich, 90 f., angeschlossen, gegen Försters Ansicht Rinck, 22 ff.; Pincus, 90 ff.; Grell, 22 ff., Guggenheim, 60 ff., vgl. auch Hauck, 46, Oertmann 856, sieht den Kreditauftrag als Garantie an, wenn vereinbart ist, daß die Kreditgewährung vom Willen des Beauftragten abhängen solle, Enneccerus § 416, 6, nimmt in diesem Falle bedingten Kreditauftrag an, Windscheid-Kipp, II § 412, S. 763, bezeichnet den Kreditauftrag als Garantievertrag und als Form der Bürgschaft; Lippmann, 381, sieht den Kreditauftrag als Bürgschaft an.

§ 778 BGB. sagt: „Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge."

Danach handelt es sich um einen Auftrag. Dieser ist ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Beauftragte dem Auftraggeber zur unentgeltlichen Besorgung übertragener Geschäfte verpflichtet ist. Gegenstand des Auftrags können irgendwelche erlaubte Geschäfte tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein, z. B. ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Der Auftrag kann Angelegenheiten des Auftraggebers oder Dritter betreffen, auch wenn sie zugleich den Beauftragten selbst angehen.[14] Erforderlich ist hierzu, daß der Auftraggeber an dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts zwischen zwei anderen ein Interesse hat. Dieses kann ihn bestimmen, den Beauftragten zum Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten vertragsmäßig zu verpflichten. „Geschieht dieses in der Weise, daß der eine zu dem Abschluß des Geschäfts Auftrag gibt, der andere ihn annimmt, so liegt in der Tat eine Geschäftsübertragung vor; der Beauftragte soll vermöge des Auftrags eine Rechtshandlung vornehmen, die zwar an sich für ihn ein eigenes Geschäft ist, zugleich aber auch für den Auftraggeber in dessen durch den Auftrag bekundeten Interesse vorgenommen wird."[15] Ein solcher Auftrag kann bei Annahme des Antrags etwa die Form annehmen: „Verkaufen Sie ruhig an Herrn D., da ich als Kompagnon mit eintrete." Es kommt nicht darauf an, daß der Beauftragte lediglich ein fremdes Geschäft besorgt, er kann (nach außen) auch im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handeln; nur muß dieses Geschäft gleichzeitig (nach innen) im Interesse des Auftraggebers liegen und für diesen unentgeltlich sein.

Handelt der Beauftragte als Bevollmächtigter des Auftraggebers, dann besorgt er das Geschäft im Namen und für Rechnung des Auftraggebers, ist direkter Stellvertreter. Erforderlich ist für den Begriff des Auftrags eine Vollmacht nicht.[17]

Der Beauftragte kann das Geschäft auch im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung besorgen. Dann ist er indirekter Stellvertreter. In diesem Falle richten sich die Rechte und Pflichten des Beauftragten infolge des Mangels besonderer Bestimmungen über

---

14) Enneccerus § 380, I, 1, 3; Siméon-David I, 1, 509 f.; 582, 9; RG. 50, 160 ff.; 56, 132 ff.; 59,190 ff.; Rspr. 12, 272; Warn. 08, Nr. 461, 627; JW. 1910 809; a. A.: Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 778.

15) RG. 56, 132 ff. Das BGB. nennt „Auftrag" auch den Antrag zu einem Auftragsvertrage (§§ 662, 663).

16) Warn. 1912, Nr. 374.

17) Windscheid II, 799 § 409, 1; Enneccerus §§ 167, I; 171, II, 4.

die indirekte Stellvertretung im BGB. lediglich nach dem Auftragsverhältnis.[18]

Schließlich kann der Beauftragte auch im eigenen Namen und für eigene Rechnung, aber im fremden Interesse handeln.[19]

Auftrag und Stellvertretung sind auseinanderzuhalten.[20] Es kann ein Auftrag ohne Vollmacht bestehen und eine Vollmacht vorkommen ohne zugrundeliegendes Auftragsverhältnis.[21] Wenn der Beauftragte nur mittelbarer Stellvertreter ist oder im eigenen Namen und für eigene Rechnung handelt, dann besteht zwar ein Auftragsverhältnis, aber keine direkte Stellvertretung des Beauftragten für den Auftraggeber. Diesem hat sich aber der Beauftragte zur unentgeltlichen Besorgung des übertragenen Geschäfts vertraglich verpflichtet, ist Schuldner im Schuldverhältnis des Auftrags.

Ueberträgt jemand einem anderen das Geschäft, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, z. B. einen Darlehnsvertrag mit dem Dritten zu schließen und verpflichtet sich durch die Annahme des Auftragsantrages der Beauftragte dem Auftraggeber, das Geschäft unentgeltlich zu besorgen, so liegt ein Kreditauftrag im Sinne eines Auftrags, einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung vor.[22]

Gegenüber dem in den §§ 662 ff. BGB. geregelten Auftrag stellt sich der Kreditauftrag als Auftrag im weiteren Sinne dar.[23] Die Auftragsvorschriften sind auf ihn analog anzuwenden, wie überhaupt die analoge Anwendung der Auftragsvorschriften praktisch weit bedeutsamer als ihre direkte Anwendung ist.[24] Es sei nur auf die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsaufträge hingewiesen. (§ 675 BGB.)[25]

18) Siméon-David, I, 1, 239, 2; Enneccerus § 167 I; die Vorschrift des HGB. § 392, II, über die Kommission ist eine handelsrechtliche Sonderbestimmung, die im Gebiete des BGB. analog nicht anzuwenden ist; Prot. 2, 361; RG. 58, 276; Enneccerus a. a. O. u. Anm. 2 das., § 173 III; a. A.: Fischer-Henle, Anm, 1 zu § 778,

19) Förster, 76, Anm. 1, 82 ff., hat den Auftrag in dem zu engen Sinne aufgefaßt, daß der Beauftragte lediglich ein fremdes Geschäft besorgen darf, wenn Auftrag vorliegen soll, nicht auch ein eigenes im fremden Interesse.

20) Vgl. Stammler, a. a. O. 69, 120 Anm. 259; Vollmacht ist ein Außenverhältnis, gibt ein Recht, kommt nur bei Rechtsgeschäften und unmittelbarer Stellvertretung in Frage, kommt ohne Annahme zustande (§ 167 BGB.); der Auftrag ist ein Innenverhältnis, begründet eine Pflicht, kommt auch bei tatsächlichen Geschäften und mittelbarer Stellvertretung vor, kommt schließlich erst mit der Annahme zustande. Das ALR. § 5 ff. I, 13, nahm Vollmachtsvertrag an, was sich mit der heutigen Rechtsanschauung nicht mehr verträgt.

21) Enneccerus § 171 II, 5, bezeichnet die Vollmachtserteilung als stets abstraktes Geschäft; a. A. Siméon-David, I, 1, 242.

22) Enneccerus § 416, I; Rothenberg, 344; Windscheid-Kipp, II, 818, 20; v. Gierke, DPrR. III, 792; Anm. 123; Isay, Die Geschäftsbesorgung nach BGB., S. 64 ff.; Weidemann, 439 f.; 454 f.; Unger 303/04.

23) RG. 56, 133, wo darauf hingewiesen ist, daß selbst eine Provision für den Beauftragten den Auftragsbegriff im Sinne einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung nicht aufhebt; Enneccerus § 416, 2; v. Gierke, a. a. O. III, 792; vgl. auch die techn. Bezeichnung „Auftrag“ in der RAnwO., ZPO. und im BörsGes.

24) Enneccerus, § 380 I, 5; Siméon-David I, 1, 509, 1, b.

25) BGB. §§ 27, III; 86; 713; 2218; 683; 1835, 1978 u. a., Rinck, 13, Weidemann 450 bis 454.

Der Kreditmandatar gibt den Kredit auf eigene Rechnung. Daraus ergibt sich bei entsprechender Anwendung der Auftragsvorschriften, daß der Beauftragte keinen Vorschuß verlangen kann und, wenn er den Kredit gewährt hat, weder das dadurch Erlangte (Forderung, Zinsen, Provision) herauszugeben, noch den sofortigen Ersatz der kreditierten Summe zu beanspruchen hat. Die Pflicht des Kreditmandanten zum Aufwendungsersatz[26] ist durch die positive Bestimmung des § 778 BGB. auf die schließliche Einbuße beschränkt, die der Kreditmandatar durch das Kreditieren auf eigene Rechnung erleidet. Diese Pflicht steht einer Bürgenhaftung sehr nahe. Darum sagt § 778 BGB., der Auftraggeber haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.[27] Im übrigen besteht das Auftragsverhältnis fort,[28] namentlich hinsichtlich der Diligenz- und Anzeigepflicht, die freilich auch meistens auf Grund des Bürgschaftsverhältnisses vorliegen werden.[29]

Der Kreditauftrag läßt sich danach als Auftrag im weiteren Sinne bestimmen, bei welchem die Pflicht zum Aufwendungsersatz durch das Gesetz besonders geregelt ist.[30] Der Kreditmandant haftet aus dem Vertragsverhältnis ipso iure, nicht kraft besonderen Haftungsvertrages wie der Garant, wird mit der actio mandati contraria wegen der Nebenverpflichtungen aus dem Kreditauftragsvertrage in Anspruch genommen.[31]

Hieraus ist ersichtlich, daß der Kreditauftrag begrifflich keine Garantie ist.[32]

. Diese ist ein selbständiges Sicherungs-Schuldverhältnis, kraft dessen der Garant als Hauptschuldner und einseitig verpflichtet ist, die künftige Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars zu tragen.

Sie unterscheidet sich vom Kreditauftrage schon durch die causa.[33] Diese ist beim Kreditauftrag die Kreditgewährung. Die Gefahr des

---

26) Es handelt sich entgegen Försters Ansicht (S. 80) grundsätzlich nicht um Schadensersatz.

27) Enneccerus, § 416, 4; vgl. auch Mot. 682—684; a. A.: Köstlich, 85, Anm. 1.

28) Enneccerus § 416,5; v. Gierke, a. a. O. III, 792.

29) Enneccerus a. a. O.; Rothenberg, 323 ff.; Windscheid-Kipp, II, 818, 20, will Auftragsrecht nur bis zur Kreditgewährung anwenden, dann Bürgschaftsrecht.

30) Unger, 303/304: Der Kreditauftrag ist ein eigentümlich beschaffenes Mandat; Planck, II, 847; Hauck, 43; Guggenheim, 62, bezeichnet das Kreditmandat als „modifizierten Auftrag"; daher Widerrufsrecht bis zur Erfüllung des Auftrags, der Kreditgewährung (§ 671 BGB.); kein Widerrufsrecht, wenn KrA. eine Garantie ist; RG. 50, 162; Enneccerus, § 416, 1; 2; § 346 BGB.; Enneccerus § 264, V; Anm. 13.

31) Düringer-Hachenburg 279; ROHG. 16, 412.

32) Weidemann 439; Grell, 25; Guggenheim 59; Grothaus, 48 f.

33) Die causa des Kr. A. ist die Absicht des Mandanten, einem Dritten Kredit zu verschaffen. Zum Zwecke der Kreditgewährung wird der Kr. A. begründet. Der Auftrag begründet einen Anspruch des Mandatars gegen den Mandanten auf Ersatz der Auf-

Forderungsgläubigers durch Nichtleistung seines Schuldners eine Einbuße zu erleiden, trägt nicht der Schuldner des Kreditmandats, der Mandatar, sondern der Gläubiger dieses Schuldverhältnisses, der Mandant.[34] Für diesen ist die bürgenähnliche Haftung nicht eine Hauptschuld, sondern eine Nebenschuld, in Entstehung und Fortdauer abhängig von der aus der Kreditgewährung entstehenden Verbindlichkeit.

Der letzte Punkt fällt besonders ins Gewicht, wenn man sich der Auffassung Försters anschließen will, Kreditmandat sei eine Garantie. Voraussetzung hierfür ist bei Förster seine Ansicht, das „Beauftragen" in § 778 BGB. und die Annahme dieses „Auftrags" begründe kein Auftragsverhältnis im Rechtssinne. Wird diese These als richtig unterstellt, so ist der als Garant gedachte Kreditmandant verpflichtet, die künftige Gefahr des „Mandatars", bei seinem Schuldner eine Einbuße zu erleiden, einseitig-unentgeltlich zur Sicherung des „Mandatars" zu tragen. Nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift entsteht diese Verpflichtung aber erst nach erfolgter Kreditgewährung. Sie ist in ihrer Fortdauer von dem Schuldverhältnis zwischen Mandatar als Forderungsgläubiger und seinem Schuldner abhängig. Dieses ist die Hauptschuld, der Mandant ist Nebenschuldner wie der Bürge.[35] Wollte man in dem Kreditmandat eine Garantie erblicken, so würde es dieser an dem begrifflichen Merkmal der Hauptschuld fehlen.[36]

Der Wille der Parteien kann gewiß auch dahin gehen, „den Kreditmandatar" nicht zu verpflichten, nur den „Mandanten" als Hauptschuldner wie einen Garanten. Dann liegt aber nach dem Willen der Parteien Forderungsgarantie vor, nicht Kreditauftrag. Garantie und Kreditauftrag schließen einander begrifflich aus.[37]

Die Garantie wird mehrfach in Beziehung zum Auftrag gebracht. Oertmann[38] hat sie im Anschluß an die Lehre vom Auftrag

wendungen (§ 670 BGB.). Dieser Regreß bedeutet tatsächlich eine Sicherstellung des Mandatars, ist aber nicht die rechtliche causa des Kr. A., sondern wirtschaftlich nur ein Mittel zur Erreichung des Zwecks der Kreditverschaffung und rechtlich eine Folge des Auftrags. Rothenberg, 344; Isay, Die Geschäftsführung nach BGB., 64 ff., Förster, 84 f.; Guggenheim, 61, hält die Sicherung des Gläubigers (Mandatars) nur wirtschaftlich, nicht rechtlich für den sekundären Zweck des Kr. A.

34) Steen Meyer, 49.

35) Hauck, 46; Grell 25, 30.

36) Grell, 30: „Prinzipale Haftung des Garanten und Nichtverpflichtung des Garantieempfängers sind wesentliche Merkmale des Garantievertrages und deshalb kann der Kr. A., zu dessen Begriff Verpflichtung des Kr. Mandatars und akzessorische Haftung des Mandanten gehört, nie und nimmer ein Garantievertrag sein."

37) Grell, 26; Pincus, 97 f; Endemann, 1194, A. 6; Planck 522; wenn A den B ersucht, dem C 1000 auszuhändigen und B diesem Ersuchen Folge leistet, so kann nach der Parteiabsicht Bürgschaft, Kreditauftrag, Ermächtigung oder Garantie gegeben sein; Weidemann 454 f.; Staudinger, 1908, II, 1272; Oertmann, 855; Hauck, 43; Grell, 30 a. E.; Windscheid-Kipp, II, § 412, S. 763, sieht im Kr. A. eine Garantie und Form der Bürgschaft.

behandelt. Stammler[39] und Enneccerus[40] nehmen einen Garantieauftrag an, wenn der Garantitar sich zur Vornahme der garantierten Handlungsweise dem Garanten gegenüber als Beauftragter verpflichtet.

Zwischen Auftrag und dem kausalen Sicherungs-Schuldverhältnis der Garantie besteht keine systematische Verwandtschaft; der Auftrag gehört nicht zu den Sicherungs-Schuldverhältnissen. Der Garantieauftrag stellt sich als ein gemischtes Schuldverhältnis, nicht als ein reines Garantie-Schuldverhältnis dar. Er dürfte in einer Untersuchung des Garantiebegriffes außer Acht gelassen werden.

Der Auftrag weist indessen starke äußere Aehnlichkeit mit der Garantie auf. Auch er ist ein selbständiges Schuldverhältnis, (nicht streng) einseitig verpflichtend, unentgeltlich und enthält unter Umständedn, was bisher nur kurz gestreift wurde,[41] eine Gefahrtragung. Ueber diesen letzten Punkt ist folgendes zu sagen.

Hat der Beauftragte durch Schuld des Auftraggebers einen Schaden erlitten, so ist der Auftraggeber ersatzpflichtig. Trifft beide ein Verschulden, so kommt § 254 BGB. zur Anwendung. Trifft keinen von beiden ein Verschulden, so kann eine allgemeine Ersatzpflicht nicht angenommen werden. Sonderbestimmungen für diesen Fall fehlen. Wenn aber die Handlung, durch die sich der Beauftragte der Gefahr des Schadens aussetzte, unter den Gesichtspunkt einer Aufwendung für den Zweck der Geschäftsbesorgung gebracht werden kann, so ist ein Ersatzanspruch anzuerkennen.

Eine (bedingte) Aufwendung liegt auch darin, daß man, um den Auftrag auszuführen, bewußterweise seine Vermögenswerte einer Gefahr aussetzt. Darin besteht ihre Aufwendung.[42] In einer Weisung, die den Beauftragten nötigt, sich einer Gefahr auszusetzen, kann man ein stillschweigendes Versprechen der Gefahrübernahme, der Schadloshaltung finden.[43]

Im Auftragsverhältnis trägt diese Gefahr der Gläubiger, der Auftraggeber, und zwar als Nebenverpflichtung aus § 670 BGB. Bei der Garantie trägt die fremde Gefahr der Schuldner, der Garant, und zwar als Hauptschuld; in der Gefahrtragung erschöpft sich

38) Anhang zu § 676.
39) a. a. O. 69, 120 ff.
40) § 417, II, 6.
41) Vgl. zu Note 34.
42) Enneccerus § 382, 3 u. 4 sowie Anm. 3; Siméon-David, I, 1, 511, 3; Dernburg, BGB. § 279, III; Stammler, Richtiges Recht, 339 f.; DJZ. 1913, 416; RG. 75, 208; 98, 195; Gruchot 53, 975; a. A. Planck-André, § 676; Staudinger-Engelmann, § 676.
43) ALR. § 81, I, 13; § 110 HGB.: „Gefahren, die mit der Geschäftsführung untrennbar verbunden sind"; RG. 94, 169; 98, 199; Gruchot 59, 126 ff.; RG. Recht, 1925, Nr. 23.

seine Verpflichtung zur Leistung. Diese Verschiedenheit sowie der Unterschied in der causa trennt begrifflich Auftrag und Garantie.

Hiernach kann es zweifelhaft sein, ob man dann, wenn in einem Garantieverhältnis der Garantitar zur Ausführung des Unternehmens verpflichtet ist, oder ein Auftrag noch ein (stillschweigendes) Versprechen der Gefahrübernahme des Auftraggebers enthält, einen besonderen Innominatkontrakt oder einen Garantieauftrag zu Grunde legen muß.[44] Beide lassen sich vielleicht als Auftrag auffassen. Wenn zum Auftrag das Versprechen der Gefahrübernahme durch den Auftraggeber, zur Garantie das Versprechen des Garantitars hinzukommt, das Unternehmen auszuführen, so ist beides begrifflich schon durch das Auftragsverhältnis gegeben.

Im Falle des Garantieauftrages liegt bereits ein Auftrag vor; im Falle des Innominatkontraktes wird das Versprechen des Garantitars auf einem besonders starken Interesse des Garanten an der Ausführung des Unternehmens beruhen, so daß sich der Garantitar hierzu im Interesse des Garanten verpflichten muß. Dadurch nimmt er einen Auftrag des Garanten an, verpflichtet er sich zur unentgeltlichen Besorgung eines übertragenen Geschäftes. Hierdurch ist ein Auftragsverhältnis begründet.

Es läßt sich so vielleicht die Konstruktion eines Garantieauftrages und eines Innominatkontraktes praktisch entbehren.[45]

Weitere Verbindungen der Garantie mit anderen Schuldverhältnissen gehören der Lehre über die gemischten Verträge an.[46]

Erwähnt sei noch der Aval, die sog. Wechselbürgschaft.[47] Der Wechsel gehört zur Gruppe der abstrakten Schuldverhältnisse, die Garantie zu den kausalen Obligationen. Auch der Aval begründet ein abstraktes Schuldverhältnis.[48] Schon hierin liegt die begriffliche Abgrenzung der Garantie vom Aval. Beide gehören unter zwei begrifflich verschiedene Oberbegriffe und sind keine verwandten, nebengeordneten Schuldverhältnisse. Abgesehen hiervon trennt beide das Merkmal der Hauptschuld in der Garantie. Der Aval ist Mitunterzeichnung einer Wechsel-Hauptunterschrift. Er setzt eine bereits bestehende Wechselverpflichtung zu seiner Entstehung voraus.[49] Er ist nicht Hauptschuld, sondern eine Nebenschuld, die jedoch nach ihrer

44) Vgl. Stammler, a. a. O. 69, 120 f.; Enneccerus § 417, 3 und 6.

45) Förster, 76, A. 1, bezeichnet ein Garantiemandat als begrifflichen Widersinn, vom Standpunkt seiner zu engen Fassung des Auftragsbegriffs allerdings richtig; Orell, 28, sieht in einem „Garantieauftrag" nur einen Auftrag.

46) Vgl. Enneccerus § 323 und die dort zit. Autoren.

47) Der Aval ist keine Bürgschaft, keine akzessorische Nebenschuld; Art. 81 WO.; Grünhut, Lehrb. d. WR. § 36; Bernstein, Allgem. deutsche WO. 305.

48) Art. 81 WO.

49) Stranz, WO. Anm. 4 zu Art. 81 WO.

Entstehung nicht dauernd abhängig von der ursprünglichen Schuld, nicht akzessorisch ist. Er ist eine unabhängige Nebenschuld. Er steht begrifflich in der Mitte zwischen Hauptschuld und akzessorischer Nebenschuld wie der Schuldbeitritt. Avalist und Hauptunterzeichner des Wechsels (Aussteller, Akzeptant, Indossant) haften als echte Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB.[50]

Auch mehrere Hauptunterzeichner eines Wechsels sind, obgleich sie jeder für sich eine Hauptschuld begründen, keine Garanten. Sie übernehmen nicht die Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Gläubigers zu dessen Sicherung gegen Schaden, sondern sie begründen für sich als Hauptschuldner eine abstrakte Geldsummenschuld.[51]

Die Garantie ist durch ihre Merkmale der kausalen Sicherungsschuld und Hauptschuld von der Wechselbürgschaft getrennt, durch ihre causa und das Merkmal der Gefahrtragung von der Wechselschuld mehrerer Hauptunterzeichner eines Wechsels.

Die sog. Wechselbürgschaft ist keine Garantie.[52] Die im Wechselverkehr für den Avalisten gebrauchten Ausdrücke „als Bürge, als Garant" sind rechtlich nicht zutreffend.

Die „Garantiefunktion" des Indossaments besagt nur, daß der Indossant jedem späteren Inhaber des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig, nicht wie ein Zedent, haftet.[53]

Ein selbständiges Sicherungs-Schuldverhältnis mit Gefahrtragung und einer Hauptschuld ist auch die Versicherung. Von ihr scheidet die Garantie deren Merkmal der einseitigen Verpflichtung. Die Versicherung ist ein gegenseitiges Schuldverhältnis. Die Entgeltlichkeit ist eines ihrer wesentlichen Merkmale.[54]

Garantie und Versicherung unterscheiden sich auch hinsichtlich des Merkmals der Gefahrtragung.

Der Garant übernimmt die Tragung der Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Gläubigers. Er will den Vermögensschaden tragen, der möglicherweise aus der Handlungsweise des Garantitars entstehen kann. Anders bei der Versicherung.[55]

---

50) Stranz, a. a. O. Anm. 11; RG. 40, 67.
51) Stranz, a. a. O. Anm. 57 zu Art. 82 WO.
52) Vgl. Staub, Komm. z. Allg. d. WO., 1901, § 10.
53) WO. Art. 14, 82.
54) Manes, VersR. I, 4, 7; Ehrenberg, I, 57, 63; Hecker, 99; Stammler, a. a. O. 69, 47 ff.; Boldt, 25 ff.; ALR. § 1955, II, 8.
55) Eine befriedigende rechtliche Definition der Versicherung gibt es noch nicht; vgl. die jurist. Definitionen bei Krosta, 25 ff.; Ehrenberg, VR. I, 55; ders. in Manes, VersLex., Tübingen 1909, 213; Manes VR. I, 8.

Auch der Versicherer übernimmt oft die Schadensgefahr einer bestimmten Handlungsweise des Versicherungsnehmers.[56] Man denke z. B. an einen Sportunfall oder einen Haftpflichtfall des Versicherungsnehmers. Damit ist der Umfang der Gefahrtragung durch den Versicherer nicht erschöpft.

Jeder Mensch kann erfahrungsmäßig mit der Möglichkeit rechnen, daß gewisse Umstände in seinem Leben, unabhängig von seinem eigenem Handeln, eintreten, die erhöhte Ausgaben von ihm fordern.[57] Solche Umstände können sein z. B. Krankheit, Tod, Hagelschlag, Feuer, Ueberschwemmung, Einbruchsdiebstahl, unverschuldeter Bankrott, Streik, unverschuldete Arbeitslosigkeit, Seenot, Verheiratung einer Tochter, Erreichung eines hohen Lebensalters, Schöffen- oder Geschworenendienst, früher auch Militärdienst. Infolge der Unbeständigkeit der menschlichen Lebensverhältnisse ist der Versicherungsnehmer in Ungewißheit darüber, ob ihm beim Eintritt solcher Umstände die zur Bestreitung der erhöhten Ausgaben erforderlichen Geldmittel zur Verfügung stehen werden. Er befindet sich in der Gefahr, daß sie ihm dann möglicherweise fehlen. Dieses Fehlen der Geldbeträge würde für ihn ein wirtschaftlicher Nachteil sein.[58] Gegen die Gefahr seines Eintritts will sich der Versicherungsnehmer sicherstellen.[59] Diese Sicherstellung verspricht ihm der Versicherer im Versicherungsvertrage. Der Versicherer übernimmt die Gefahr des Fehlens notwendiger Geldmittel zur Bestreitung erhöhter Ausgaben, indem er verspricht, bei Eintritt der erwähnten Umstände, die im Einzelfalle durch den Versicherungsvertrag näher bestimmt werden (Versicherungsfall), die zur Deckung des Mehrbedarfs erforderlichen Geldbeträge zu zahlen.[60] Er verpflichtet sich, diese dem Versicherungsnehmer dann unter allen Umständen zur Verfügung zu stellen, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob dann der

---

56) Versicherungsnehmer und Versicherter sind hier als zusammentreffend in einer Person angenommen; für den Begriff der Versicherung ist es belanglos, wenn beide zwei verschiedene Personen sind.

57) Manes, VersR. I, 5.

58) Es ist für den Gefahrbegriff der Versich. unerheblich, ob der Nachteil in einem eingetretenen Schaden oder im Fehlen notwendiger Geldmittel besteht. Bei der Garantie handelt es sich nur um eine Schadensgefahr. Nachteil und Schaden sind nicht identisch. Nachteil ist Oberbegriff; Schaden ist ein Nachteil, der in einer eingetretenen Verminderung (einschl. entgangenem Gewinn), einem Minus des Vermögens, fehlende Bedarfsdeckungsmittel sind ein Nachteil, der im Fehlen eines Plus am Vermögen besteht. Vgl. § 10, a. E.

59) Dieses ernste Motiv unterscheidet die Vers. von den aleatorischen Verträgen; Hupka, 567.

60) Hupka, 580, will anstelle des bisher üblichen Gefahrbegriffs den der wirtschaftlichen Unsicherheit setzen. Das erscheint nicht nötig, wenn man unter Gefahr einen Umstand versteht, der einen Nachteil bewirken kann. In diesem Gefahrbegriff liegt die wirtschaftliche Unsicherheit eingeschlossen, daß die erforderlichen Geldbeträge zur Deckung erhöhten Bedarfs fehlen könnten; vgl. auch Ehrenberg, VR. I, 5.

Versicherungsnehmer in der Lage ist, mit eigenen Mitteln den Mehrbedarf zu decken.

Die Höhe der vom Versicherer zu zahlenden Geldbeträge bei Eintritt des Versicherungsfalles wird im Versicherungsvertrage vereinbart. Diese pflegt, auch im Falle eines Schadens infolge einer bestimmten Handlungsweise des Versicherungsnehmers, nach oben begrenzt zu werden. Der Umfang der Leistung des Versicherers bestimmt sich nach der Höhe des wirklichen Schadens oder der für den Versicherungsfall vereinbarten (feststehenden) Leistung.

Wir können daher sagen, der Versicherer ist verpflichtet, bei Eintritt des Versicherungsfalles vertraglich bestimmte Geldbeträge zu leisten. Insoweit trägt er die Gefahr, daß diese dem Versicherungsnehmer zur angegebenen Zeit fehlen könnten.[61]

Man sieht, die Gefahr, welche der Versicherer trägt, hat einen größeren Umfang als die Schadensgefahr, welche der Garant zu tragen hat.[62]

Es ist aus diesem Grunde nicht zweckmäßig, die Garantie als unentgeltliche Versicherung zu bezeichnen,[63] wie es namentlich früher geschehen ist.[64] Das Gleiche ist von der Bezeichnung der Versicherung als einer entgeltlichen Garantie zu sagen. Richtiger ist es, jedem der beiden Schuldverhältnisse seine in Verkehr und Wissenschaft befestigte besondere Bezeichnung zu belassen. Es besteht kein Bedürfnis, das eine zum Oberbegriff des anderen zu machen. Beide ordnen sich klar und deutlich mit der Bürgschaft als nebengeordnete Artbegriffe unter den Gattungsbegriff der Sicherungsschuldverhältnisse ein. Von der Bürgschaft scheidet die Garantie das Merkmal der Hauptschuld, von der Versicherung die Einseitigkeit der Verpflichtung.

Die Einteilung der Versicherung in Schadens- und Personenversicherung[65] ist keine begriffliche.[66] Bei beiden ist die vom Ver-

---

61) Die Versicherung läßt sich rechtlich vielleicht definieren als ein gegenseitiges Schuldverhältnis, kraft dessen der Versicherungsnehmer zur Zahlung der Prämien, der Versicherer aber verpflichtet ist, eine Gefahr des Versicherungsnehmers dadurch zu tragen, daß er diesem beim Eintritt vertraglich bestimmter Umstände (Versicherungsfall) vereinbarte Geldbeträge zahlt; ähnlich Hupka, 588; Ehrenberg, I, 59; Manes, VR. I, 7 f., der allerdings den planmäßigen Großbetrieb für wesentlich hält.

62) Stammler, a. a. O. 69, 49; bezeichnet in diesem Sinne das Gebiet des Garantievertrages als enger als das der Assekuranz. Vgl. zu obenstehender Darstellung noch Ehrenberg, VR. I, 3 ff.; Manes, VR. I, 3, f.; Hupka, 564 ff. und 570 ff., 877, A. 33; 580; Crome, II, 2, 838, 853; v. Gierke, DPrR. III, 795, 796.

63) Darauf hat schon Stammler, a. a. O. 69, 48 f. hingewiesen.

64) ROHG. in SeuffArch. 32, Nr. 73; Striethorst's Arch. 15, 313 ff., Grell 38; Braune 15 RG. 61, 157.

65) VVG. § 1; Kisch II. 67, bezeichnet die Personenversicherung als Summenversicherung. Zutreffend sind beide Ausdrücke nicht. Der Versicherer hat begrifflich immer eine Summe zu leisten. (Medizin usw. bei Krankenversicherung ist nur eine für den Versicherer wirtschaftlich günstigere Form seiner Geldleistung.) — Versichert durch den Ver-

sicherer übernommene Gefahr des Versicherungsnehmers dieselbe: Mögliches Fehlen notwendiger Geldbeträge zur Zeit des Versicherungsfalles.[67] Es macht für den Gefahrbegriff keinen Unterschied, daß bei der Schadensversicherung die Leistung des Versicherers bis zur Höhe der Versicherungssumme sich jeweils nach dem tatsächlich eingetretenen Schaden richtet. Der Unterschied zwischen Schadens- und Personenversicherung besteht nur darin, daß der Umfang der Leistung des Versicherers vom Schaden abhängig ist, während diese Abhängigkeit der Leistungshöhe von einem Schaden bei der Personenversicherung fehlt.

Von der durch den Versicherer übernommenen Gefahr des Versicherungsnehmers ist zu scheiden die weitere Gefahr des Versicherers, daß es ihm infolge irgendwelcher widriger Umstände wirtschaftlich nicht gelingen könnte, die versprochene Summe im Versicherungsfalle zur Verfügung zu haben.[68] Insofern entsteht für den Versicherer die Gefahr seines Unvermögens zur Leistung.

Hier setzt die wirtschaftliche Bedeutung des planmäßigen Großbetriebes der Versicherung ein. Dieser schützt den Versicherer gegen die Gefahr, seiner vertraglichen Verpflichtung, deren Erfüllungszeit ungewiß ist, nicht nachkommen zu können. Der Großbetrieb hat unmittelbar mit dem Versicherungsvertrage nichts zu tun. Er liegt hinter ihm.[69]

---

sicherungsvertrag gegen eine Gefahr, rechtlich sichergestellt ist immer eine Person; Hecker, 98, Kisch III, 2 ff.; Ehrenberg, VR. I, 420. Eine begriffliche Einteilung der Versicherung ließe sich unter Verwendung des Merkmals der Gefahr als Einteilungsgrund geben. Die vertraglich bestimmten Gefahrumstände sind entweder solche, die einen Schaden herbeiführen, oder solche, die einen Mehrbedarf an Geldmitteln zur Deckung erhöhter Ausgaben bewirken. — Danach könnte man von Schadens- und Bedarfsversicherung sprechen. Sachlich würde sich das mit den bisherigen Ausdrücken Schaden-s und Personenversicherung decken, ohne die Ungenauigkeit des Ausdrucks zu enthalten.

66) Sie ist eine praktische, durch die verschiedene versicherungstechnische und rechtliche Behandlung bedingte; Hupka, 569.

67) Vgl. No. 65, a. E.

68) Durch diese strenge Scheidung der beiden Gefahren, der übernommenen fremden und der eigenen Gefahr, die eine Folge der übernommenen ist, werden die Schwierigkeiten behoben, die sich bei Hupka, 581, f., ergeben. Der Versicherer trägt eine doppelte Gefahr. Der Versicherungsvertrag betrifft nur die Uebernahme der fremden Gefahr.

69) a. A. Manes, VR. I, 3, 8 und die meisten volkswirtschaftlichen Autoren über Versich., vgl. Krosta, 9 ff.; 8; 78; auch Cosack, HR. 1923, 389 β; Beisp. 2, a. E. Dagegen ist zu sagen: Der planmäßige Großbetrieb ist nur eine wirtschaftliche Form möglichst günstiger Verteilung des Risikos auf viele. Mit dem rechtlichen Begriff der Versicherung als eines bestimmt gearteten Schuldverhältnisses hat er nichts zu tun. Versicherer kann begrifflich auch eine Einzelperson sein. — Vgl. Hecker, 69: „Es mag wirtschaftlich unklug sein, Deckung eines Schadens zu übernehmen, dessen Gesetzmäßigkeit statistisch nicht kontrollierbar ist, rechtlich unmöglich ist aber ein solcher Vertrag nicht." Derselbe, 102, lehnt den Großbetrieb als wesentliches Merkmal der Versicherung ab mit der Begründung, die Forderung beruhe auf einer Verwechslung ökonomischer Grundlagen und rechtlicher Struktur. Aehnlich Hupka, 553 ff., der auf die Seeversicherung und die englische Feuerversicherung hinweist, wo heute noch Versicherungen von Einzelpersonen übernommen werden, die die Versicherung nicht gewerbsmäßig betreiben. — Der Ansicht von Kisch, II, 11, der Versicherer übernehme nicht eine fremde Gefahr, sondern begründe nur eine

Spiel, Wette, Differenzgeschäft (Börsentermingeschäft) sind mit der Garantie nicht verwandt. Sie scheidet schon das Merkmal der Gegenseitigkeit von der Garantie.[70] Auch handelt es sich bei ihnen nicht um die Tragung einer fremden Gefahr und die Sicherung des Gläubigers durch Uebernahme dieser Gefahr.

Das Merkmal der Selbständigkeit trennt die Garantie von der Vertragsstrafe, die ein Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt. Hier handelt es sich um eine vom Schuldner übernommene Nebenverpflichtung, die zum Inhalt des Schuldverhältnisses gehört.[71]

Hiermit ist der Kreis der mit der Garantie verwandten und der wichtigeren scheinbar verwandten Schuldverhältnisse geschlossen.

Zu erwägen bleibt noch die Frage, ob die Garantie eine Schenkung ist.[72] Diese Frage liegt wegen der Unentgeltlichkeit der Garantie und darum nahe, weil die Schenkung durch jedes Rechtsgeschäft erfolgen kann, welches eine Zuwendung bewirkt.[73]

Objektiv erfordert die Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, subjektiv die Einigung beider Teile darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.[74] Eine Bereicherungsabsicht gehört nicht zum Schenkungsbegriff.[75]

Die Bereicherung besteht in der Vermehrung des fremden Vermögens aus dem eigenen Vermögen, das dadurch vermindert wird.[76] Außer in dem Vermögenszuwachs kann die Bereicherung des Beschenkten auch in der Ersparung einer notwendigen Ausgabe oder der Abwendung eines drohenden Verlustes bestehen.[77]

Der Tatbestand der Schenkung ist nur dann erfüllt, wenn die Bereicherung eine endgültige, materielle, nicht bloß eine formale, fiduziarische ist.[78] Um formale Bereicherung handelt es sich in der Regel bei den Sicherungsgeschäften.[79] Ihr Zweck ist nicht die ma-

eigene, und hierin beruhe der Unterschied von der Garantie, kann ich mich nicht anschließen.

70) Stammler, a. a. O. 69, 49; Enneccerus, § 409, 3.

71) Hinsichtlich Vertragsstrafe vgl. Stammler, a. a. O. 49, Anm. 108; Grothaus, 54 f; sie ist keine Garantie.

72) Bejahend ALR. II, § 1935; Hecker 114 f; verneinend Stammler, a. a. O. 50 ff.; Haymann, 100 ff.; Crome, II, 2, 895 u. A. 9.; Guggenheim, 71, u. a.

73) RG. 8, 308; Enneccerus § 343, II.

74) § 516 BGB.; Neumann, BGB., I, 441 f. zu § 516; RG. 62, 275; 75, 327; 95, 14

75) RG. 70, 17; 72, 19; 94, 322; 95, 14; Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 516.

76) RG. 59, 426; 67, 392; Haymann 100 ff.

77) Siméon-David, I, 1, 434.

78) RG. 62, 390; 70, 15; 71, 140; Siméon-David I, 1, 434; Neumann, BGB. I, 441 f zu § 516, a; daher z. B. das unentgeltliche Darlehen (§ 608 BGB.), die Leihe (§ 598 BGB.) keine Schenkung.

79) Staudinger, 1912, II, 1, 801, Bem. 4 zu § 517; vgl. auch Entwurf I zum BGB., § 439; Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 516; Haymann, 100 ff.

terielle, endgültige Bereicherung des anderen Teils, sondern die Sicherung der Erhaltung seines Vermögens im status quo. Hat jedoch im Einzelfalle ein Sicherungsgeschäft wirtschaftlich die Bedeutung einer Vermögensvermehrung und auf der anderen Seite einer Vormögensverminderung, so kann durch dieses Geschäft bei Einverständnis der Parteien über die Unentgeltlichkeit auch eine Schenkung bewirkt werden.[80] Es kannn z. B. die Bürgschaft oder Pfandstellung eine Schenkung sein, wenn jemand durch sie eine sonst nicht einziehbare Forderung sicherstellt.[81]

Der Verpflichtung des Garanten zur Leistung entspricht auf der anderen Seite ein Anspruch, ein Forderungsrecht des Garantitars.[82] Die Begründung eines Forderungsrechtes ist eine Zuwendung,[83] eine Bereicherung des Garantitars und zwar aus dem Vermögen des Garanten, das um die Schuld vermindert wird. Der Garantitar ist zunächst bereichert. Diese Bereicherung ist aber nur formal, sie ist nur das Mittel der Sicherstellung des Garantitars gegen einen Schaden.[84] Bei Eintritt des Garantiefalles soll ihm das Forderungsrecht dazu dienen, sein Vermögen auf dem status quo zu erhalten. Eine Vermehrung desselben tritt wirtschaftlich und endgültig durch die Erfüllung der Garantenverpflichtung nicht ein. Diese bedeutet auch für den Garantitar nicht eine Ersparung notwendiger Ausgaben oder die Abwendung eines drohenden Verlustes. Durch die Begründung der Garantie wurde für ihn die Notwendigkeit der Ausgabe beseitigt. Diese Beseitigung ist der Zweck der Garantie und die Voraussetzung für das Handeln des Garantitars. Durch die Garantie hat der Garant die Schadensgefahr übernommen und diese ist rechtlich und wirtschaftlich s e i n e Gefahr. Der Schaden droht rechtlich ihm, nicht dem Garantitar. Leistet der Garant, so erfüllt er seine Verpflichtung aus dem Garantievertrage, die Gefahr einer fremden Handlungsweise zu tragen.

Bei dieser Rechtslage, dem Fehlen des objektiven Tatbestandsmerkmal der Schenkung, kann die Einigung der Garantieparteien darüber, daß die formale Zuwendung unentgeltlich erfolgt, nicht mehr ins Gewicht fallen.

Infolge des Mangels einer Bereicherung des Garantitars durch die Leistung des Garanten, kann auch ein schenkweises Versprechen dieser Leistung nicht in Frage kommen.

80) Enneccerus § 343, 1, a.
81) RG. 54, 284; 90, 178 f.
82) BGB. §§ 241, 194.
83) Crome I, 329; Enneccerus § 138, 3; § 343 I, 1, a.
84) Der entgangene Gewinn gehört zum Schaden. § 252 BGB.

Die Garantie ist keine Schenkung und kein Schenkungsversprechen.[85]

§ 18.

Die abgeleiteten Wesensmerkmale der Garantie.

Bisher haben wir von dem Begriffsinhalt der Garantie das Gattungsmerkmal und die grundwesentlichen Artmerkmale der Garantie zur Darstellung gebracht. Der Gattung nach haben wir die Garantie als ein selbständiges Sicherungs-Schuldverhältnis bezeichnet. Als grundwesentliche Artmerkmale der Garantie sind die Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars, die Einseitigkeit der Verpflichtung des Garanten und seine Schuld als Hauptschuld erörtert worden.

Nur das Gattungsmerkmal (genus proximum) und die grundweisentlichen Artmerkmale (differentiae specificae) eines Begriffs sind nach den Vorschriften der Logik in der Regel in die Definition des Begriffs aufzunehmen.[1]

Die grundwesentlichen Merkmale eines Begriffs erschöpfen aber logisch seinen Inhalt nicht. Sie sind diejenigen Merkmale, welche erforderlich, aber auch ausreichend sind, die Garantie von anderen Schuldverhältnissen klar und deutlich zu scheiden. Sie sind gleichsam das Fundament, auf welchem der Begriff ruht, weshalb sie auch fundamentale, konstitutive Wesensmerkmale genannt werden.[2]

Zum logischen Inhalt eines Begriffs gehören aber auch seine abgeleiteten Wesensmerkmale oder die Wesensmerkmale im weiteren Sinne, essentialia consecutiva. Darunter sind diejenigen Elemente des Begriffs zu verstehen, welche mit den im engeren Sinne wesentlichen Elementen, den grundwesentlichen, und nur mit diesen verknüpft sind; das Vorhandensein dieser zeigt das Vorhandensein der abgeleiteten Merkmale mit Gewißheit an.[3] Die abgeleiteten Merkmale sind eine logische Konsequenz aus den grundwesentlichen Merkmalen, durch diese bedingt.

85) Vgl. noch von Tuhr, II, 2, 63;; Lenel, AzivPr. 79, 66; Oertmann, Bem. 1, c zu § 516; DJZ. 1919, 238; KomRGR. 1923, I, 690; ROHG. 5, 230.

1) Ueberweg § 60, S. 124; (Die mögliche Ausnahme von dieser Regel, den entfernteren Gattungsbegriff zu verwenden, kommt für den Garantiebegriff nicht in Betracht, vgl. Ueberweg 125;) Erdmann, 196: „Es ist notwendig, die Forderung der Vollständigkeit durch den konstitutiven Inhalt zu begrenzen."

2) Sigwart, I, 367; Ueberweg § 56, S. 109; Erdmann, 171, 185.

3) Ueberweg, a. a. O. — Abgeleitet ist nicht mit abhängig zu verwechseln. Abhängig ist ein Merkmal, das nur unter Voraussetzung anderer gedacht werden kann, wie die Farbe unter der Voraussetzung der Ausdehnung; abgeleitet, wenn es zugleich notwendige Folge anderer Merkmale ist; Siegwart I, 367; Anm.; Erdmann, 174; Rümelin, 33.

Weitere Merkmale eines Vorstellungsinhaltes heißen, vom Standpunkt der Einzelwissenschaft aus, außerwesentliche (accidentia) und kommen für den logischen Begriffsinhalt nicht mehr in Betracht.[4]

Es bleibt zu untersuchen, welche abgeleiteten Wesensmerkmale der Garantie festzustellen sind.

Aus dem Merkmal der Selbständigkeit des Garantieschuldverhältnisses ergibt sich, daß die Garantie nicht Bestandteil des Inhalts eines anderen Schuldverhältnisses sein kann. Die durch Garntievertrag begründete Garantie ist niemals Nebenverpflichtung zur Hauptverpflichtung eines anderen Schuldverhältnisses, wie etwa im Kauf-, im Mietsverhältnis Nebenverpflichtungen enthalten sein können.

Aus der Garantie als Sicherungs-Schuldverhältnis folgt, daß der Garantitar gegen einen Vermögensschaden gesichert ist. Nicht die Person des Garantitars oder seine persönlichen Rechtsgüter, wie Leib und Leben, Gesundheit, Ehre, werden durch die Garantie geschützt. Ebensowenig wird sein Unternehmen gegen Gefahren sichergestellt, welche dieses Unternehmen selbst unmittelbar treffen können. Diese abzuwenden, ist nicht Inhalt der Verpflichtung des Garanten. Er hat keine Einrichtungen und Vorkehrungen zu beschaffen oder zu bezahlen, wie sie etwa die Gewerbeaufsicht für Fabriken, die Polizei zur Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit vorschreiben.

Die (immanente) causa der Garantie ist, wie früher dargestellt wurde, die Sicherstellung des Garantitars gegen einen Vermögensschaden. Diese geschieht durch die rechtliche Verbindlichkeit, welche der Garant eingeht. Dadurch unterwirft er sein Vermögen der Zugriffsmacht des Garantitars, er haftet mit diesem für den dem Garntitar etwa entstehenden Schaden. Es ist darum nicht richtig, die Garantie als Real- oder sachliche Sicherung zu bezeichnen.[5] Sie ist Personalsicherung wie die Bürgschaft. Die Garantie unterscheidet sich durch ihre causa die Sicherstellung des Gläubigers, nicht von Bürgschaft oder Versicherung. Mit diesen gehört sie vielmehr in die Gruppe der Sicherungs-Schuldverhältnisse.

Aus der Immanenz der causa cavendi in der Garantie folgt, daß diese ein kausales, kein abstraktes Schuldverhältnis ist.

---

4) Ueberweg, § 56, S. 108.

5) Wie Oertmann, 934, welcher sagt, der Bürge wolle für die Person des Schuldners einstehen, der Garant für eine sachliche Gefährdung des Gläubigers; ähnlich Boldt, 29; Burgschaft und Garantie sind aber hinsichtlich des „Gegenstandes“ und des rechtlichen Grundes der Sicherung nicht verschieden, beide sind obligatorische Rechtsverhältnisse zwischen Personen; Gegenstand der Obligation ist das Einstehen, die Schadloshaltung in beiden Fällen. Realsicherung ist das Pfandrecht an Mobilien und das Grundpfandrecht; vgl. v. Tuhr, II, 2, 176 f.; Wolff, SaR., § 129, S. 435; v. Amira, I, 190 ff.

Die logisch notwendige Folge der Gefahrübernahme durch den Garanten ist die Unterstützung und Förderung des Unternehmens.

Der Garant trägt ferner eine künftige Gefahr, keine gegenwärtige. Auch die gegenwärtige Gefahr ist ein Umstand, der möglicherweise einen Schaden bewirkt. Dieser darf noch nicht eingetreten sein, wenn noch von Gefahr gesprochen werden soll. Das gilt in erhöhtem Maße bei künftiger Gefahr, bei welcher der Gefahrumstand selbst noch in der Zukunft liegt. In diesem Sinne trägt der Garant einen künftigen Schaden.[6] Das folgt mit Notwendigkeit aus dem Merkmal künftiger Gefahrtragung.

Danach lassen sich als abgeleitete Wesensmerkmale folgende bezeichnen:

1) Die Verpflichtung des Garanten ist eine Hauptverpflichtung.
2) Die Garantie ist ein kausales Schuldverhältnis,
3) die Garantie ist Personal-, nicht Realsicherung,
4) sie unterstützt und fördert das Unternehmen,
5) sie schützt nur gegen künftigen Schaden.

§ 19.

Das Verhältnis von Schuld und Haftung in der Garantie.

Ein Blick auf das Verhältnis von Schuld und Haftung in der Garantie vertieft die Erkenntnis ihres rechtlichen Wesens. Es wird daher, bevor der Umfang des Garantiebegriffes erörtert wird, noch etwas über das erwähnte Verhältnis gesagt.

Es ist ein altgermanischer Rechtsgedanke, daß Schuld und Haftung zwei selbständige Rechtsverhältnisse sind.[1] Auch für das babylonisch-assyrische,[2] das griechische[3] und das römische Recht in seiner vorgeschichtlichen Zeit[4] ist die Unterscheidung von Schuld und Haftung nachgewiesen, oder wird, für das vorgeschichtliche römische Recht, im Wege der Rechtsvergleichung vermutet. v. Gierke sagt, die Unterscheidung von Schuld und Haftung scheine uraltes Rechtsgut zu sein.[5]

Am vollkommensten entwickelt ist die Lehre von Schuld und Haftung durch die germanistische Rechtswissenschaft. Der Reichtum

---

6) RG. 90, 418.
1) v. Gierke, Schuld und Haftung, S. 3; DPrR. III, 32.
2) Koschaker, 109 ff.
3) Partsch, 75, 78, 179 ff.
4) Mitteis, Ueber die Herkunft der Stipulation, eine Hypothese. Festschrift für Bekker, Weimar, 1907, 107 f.; ders. i. Ztschr. f. RG., 35, röm. Abt. S. 96 ff.; Lenel, ebd. 36, 64 ff.; 97 ff; Siber, Rechtszwang i. Schuldv., 1903, § 1.
5) DPrR. III, 8; v. Schwerin, 5.

der Quellen hat es v. Amira[6] ermöglicht, zuerst die grundlegende Bedeutung des Unterschiedes von Schuld und Haftung für das nordgermanische Recht darzutun. Sodann hat Puntschart[7] den gleichen Nachweis für das sächsische Recht des Mittelalters aus einem überaus reichen Quellenmaterial geführt.[8]

Im Anschluß an das germanische Recht sollen die Grundzüge des Verhältnisses von Schuld und Haftung skizziert werden, soweit sie für den Garantiebegriff verwendbar sind.

Im heutigen Recht erscheint die Haftung in der Regel als Folge des Schuldverhältnisses. Wir verbinden im allgemeinen in unserem Denken mit der Schuld die Haftung für diese und mit der Haftung die Schuld als deren Grund. Schuld und Haftung treten auch mit wenigen Ausnahmen[9] als verbunden auf.

Im altgermanischen Recht bestand die Verpflichtung des Schuldners in einem Leistensollen.[10] Hierin erschöpfte sich die Schuld. Blieb die Leistung aus, so stand dem Gläubiger ein Zugriffsrecht, eine rechtliche Macht zur Erzwingung der Leistung oder eines Ersatzes für diese, nicht zu. Wer etwas zu leisten hat, der ist dem Vorwurf der Pflichtverletzung ausgesetzt, wenn er nicht rechtsordnungsmäßig leistet.[11] Es besteht zwischen dem Schuldner und Gläubiger ein Rechtsverhältnis, das aber für diesen nicht erzwingbar ist. Ein Recht im Sinne einer Befugnis hat der Gläubiger möglicherweise um der Schuld willen, doch nicht in ihr, obgleich es „Recht ist, daß er empfange". Ein Recht hat der Gläubiger vielmehr dann und nur dann, wenn er um der Schuld willen bestimmte Handlungen vornehmen darf, die nicht schon jedem von Haus aus zustehen. Diese Handlungen sind Angriff gegen einen Rechtsgenossen und bezwecken, wenn auch ökonomisch Erfüllung, so doch rechtlich Satisfaktion vom Angegriffenen zu erlangen. Das Gläubigerrecht ist also ein Verfolgungsrecht; es ist nur bei der Personen-Obligation möglich.[12]

Die rechtliche Zugriffsmacht des Gläubigers ist der Inhalt eines besonderen Rechtsverhältnisses, des Haftungsverhältnisses. Die-

---

6) Nordgermanisches Obligationenrecht, 2 Bde. Lpzg. 1882—1892.

7) Schuldvertrag und Treugelöbnis des Sächs. Rechts im Mittelalter, Leipzig, 1896.

8) v. Gierke, Schuld und Haftung, 3.

9) Schuld ohne Haftung gibt es auch heute noch, wenn dem Gläubiger keine Zugriffsmacht zusteht, um die Leistung (oder Ersatz; vgl. v. Schwerin 22, 31) zu erzwingen, vgl. die unvollkommenen Schuldverhältnisse, oblig. natur. (BGB. §§ 656, 762); Richter, 16, nennt sie „nicht realisierbare Schulden." Ferner: BGB. § 222, II; 223 I; KO. § 193; v. Gierke, DPrR. III, 42 ff.; auch im öffentlichen Recht gibt es heute noch Rechtspflichten ohne Erzwingbarkeit; v. Gierke, Schuld und Haftung, 13, 6 A. 5; Haftung ohne Schuld: z. B. Grundschuld, § 1191 BGB.

10) v. Amira II, 65 f; v. Gierke, DPrR., III, 31.

11) v. Amira, I, 37; v. Schwerin, 6 ff.

12) v. Amira, II, 84 ff.

ses besteht passiv in der rechtlichen Unterwerfung unter die Zugriffsmacht des Gläubigers, dem nicht (ordnungsmäßig) geleistet wird. Der Zugriff gewährt ihm die Möglichkeit, sich wegen der unerfüllten Schuld an das, was für sie haftet, zu halten, um Genugtuung, sei es Befriedigung, Ersatz oder auch nur Rache zu erlangen.[13] Gegenstand der Haftung kann eine Person oder eine Sache sein.

Alle Haftung bedarf eines Haftungsgrundes. Ein solcher ist niemals die Schuld als Schuld. Das bloße Leistensollen des Schuldners bewirkt keine Unterwerfung und das bloße Bekommensollen des Gläubigers keine Macht. Nur durch Rechtsgeschäft kann ursprünglich eine selbständige Haftung begründet werden.[14] Einer selbständigen Haftung aber bedarf es, wenn bei selbständiger Schuld der Gläubiger wegen Nichterfüllung eine Zugriffsmacht erhalten soll. Diese wird ihm durch Vertrag eingeräumt. Die reine Versprechensschuld kann nur durch ein besonderes Haftungsgedinge mit einem anderen erzwingbar gemacht werden.[15] Diese Haftung für fremde Schuld spielt im alten Recht eine große Rolle. Bei ihr kommt zugleich der Haftungsbegriff zum reinsten Ausdruck, weil der Haftende haftet, ohne zu schulden.

Es ist im alten Recht zu unterscheiden: der Schuldner und der Hafter, eine Person, die leisten soll, und eine andere Person, die haftet, die sich der Zugriffsmacht des Gläubigers unterwirft für den Fall, daß der Schuldner nicht leistet. Es gibt eine Schuld ohne eigene Haftung und eine Haftung ohne eigene Schuld.[16] Die Schuld ist ein rechtlicher Zustand des Leistensollens,[17] die Haftung ein Zustand des rechtlichen Gebundenseins für fremde Schuld. Ursprünglich, zur Zeit der Vergeiselung, war diese Gebundenheit eine Unterwerfung der physischen Person des Hafters unter die Gewalt des Gläubigers. Später ist sie durch fortschreitende Läuterung der Rechtsauffassung zu einer ideellen Gebundenheit der Person mit ihrem Vermögen geworden. Der Ausdruck „persönliche Haftung" blieb schließlich an der reinen Vermögenshaftung, der Verstrickung des Vermögens für Schuld, hängen.

Der Hafter ist der Bürge des altgermanischen Rechts. Diese Bürgschaft wird durch ein besonderes Versprechen, ein Treugelübde mit Handschlag, übernommen.[18]

13) v. Gierke, Schuld und Haftung, 11; Brinz, Pand. 2, 2, § 207.
14) Der unselbständige Haftungsgrund aus allgemeinrechtlichen Zuständen (z. B. deliktische Haftung) kommt hier nicht in Betracht; v. Gierke, Schuld und Haftung, 14.
15) v. Gierke, a. a. O. 11 ff.
16) v. Gierke, a. a. O., 98 ff.
17) v. Amira, I, 32 ff; II, 65 ff.; Schuld und Sollen, schwedisch skuld, sind ursprünglich identisch: v. Amira I, 32.
18) v. Gierke, a. a. O 132, 144; v. Amira, I, 290; Puntschart, Einltg. 10, III.

Beide Rechtsverhältnisse, Schuld und Haftung, bestehen selbstständig und getrennt von einander.[19]

Die Selbständigkeit von Schuld und Haftung bedeutet aber nicht, daß sie ohne Beziehung zueinander sind. Sie sind von jeher aufeinander angewiesen. Sie sind Korrelatbegriffe. Eine Haftung ohne Beziehung auf eine Schuld gibt es im altgermanischen Recht nicht. Der Begriff der reinen Haftung ist hier leer.[20]

Hiermit hängt die Entwicklungstendenz im deutschen Recht zusammen, die auf eine immer engere Verbindung von Schuld und Haftung abzielte.[21]

Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung tritt zum Schuldverhältnis das Haftungsverhältnis, zum Haftungsverhältnis das Schuldverhältnis. Die Haftung wird so unter dem Einwirken der Schuld zur Verbindlichkeit, zur Obligation.[22] Es liegt im Zuge dieser Entwicklungstendenz, wenn heute die Folge jedes Schuldverhältnisses die Haftung ist und eine Haftung durch ein Schuldverhältnis, wie z. B. bei der heutigen Bürgschaft, begründet werden kann.

In der hierdurch geschaffenen Verbindung erscheint logisch das eine Rechtsverhältnis, zu welchem das andere hinzutritt, als das primäre, das hinzutretende als das sekundäre.[23] Auch das heutige Gesetz rückt bisweilen das Haften in den Vordergrund.[24]

In der Garantie ist das logische Prius die Haftung, das Einstehen des Garanten für den künftigen Schaden. Begründet wird diese Haftung durch ein Schuldverhältnis. Dieses ist das rechtliche Mittel zur Begründung des Rechtsverhältnisses der Haftung; das Schuldverhältnis hat das alte Treugelübde als Begründungsakt der Haftung abgelöst. Die Schuld ist heute in der Verbindung von Schuld und Haftung das rechtliche Prius gegenüber der Haftung.[25] Diese ist aber häufig, auch in der Garantie, der Schuldgrund; um

19) v. Amira I, 39 f; 693; II, 53; vgl. auch I, 30, den Ausdruck abyrgja mann = jemandem die Bürgschaft (die Haftung) für etwas aufwälzen, zuschieben; II, 5: abyrgja (von der Wurzel berg = sichern) hat auch den Sinn von „Gefahr tragen"; v. Gierke, Schuld und Haftung, 56, 76, 78, 116. — Es stehen sich gegenüber: Schuld und Haftung (passiv) und Forderung und Zugriffsmacht (aktiv); v. Gierke, DPrR. III, 32; Enneccerus § 225 vor I; § 226.

20) v. Gierke, Schuld u. Haftg. 99; 106, A. 29; — a. A. Isay, 193; gegen ihn: Siber, 59 f.; v. Gierke, DPrR. III, 49, a 165; 189, 198, 200 u. ö., Isays Ansicht ist vereinzelt geblieben.

21) v. Gierke, Sch. u. H., 98.

22) v. Amira, I, 42.

23) v. Gierke, Sch. u. H., 106 ff.

24) Vgl. z. B. BGB. §§ 571, II; 778, 1251, II; HGB. § 228, 394; WO. Art. 8, 14; Scheckges., § 15; V.V.G. §§ 82, 108, 116, 120 ff.

25) v. Gierke, a. a. O. Anm. 24, weist in diesem Sinne ausdrücklich auf Bürgschaft, bürgschaftsähnliche Verhältnisse und sonstige Garantieübernahmen hin. Ders. DPrR III, 31, A. 96 sagt: „Auch heute wie im älteren Recht drückt das „Einstehen" oder „Einsetzen" für Schuld in erster Linie Haftung aus, mag es auch gleichzeitig Schuld nach sich ziehen; vgl. ferner Hecker, 8; Siber, 165.

den Garanten rechtlich zu binden zur Haftung, zum Einstehen für den künftigen Schaden, wird der Garantievertrag von den Parteien abgeschlossen. In dieser Hinsicht sagt v. Gierke: „Vielfach erscheint von vornherein nicht die Schuld als Haftungsgrund, sondern die Haftung als Schuldgrund. So ist die Bürgschaft, die ursprünglich reines Haftungsverhältnis war, auch heute in erster Linie Haftungsverhältnis, bringt aber eine Schuld des Bürgen hervor. Aehnlich verhält es sich bei jeder Garantieübernahme."[26]

Die Verpflichtung des Garanten ist somit ihrem innersten Wesen nach Haftung im Sinne einer Gefahrtragung. Der Garant befindet sich in einem Zustand rechtlicher[27] Gebundenheit mit seinem Vermögen. Er ist verpflichtet, einen Schaden, der möglicherweise den Garantitar trifft, auf sein eigenes Vermögen zu übernehmen. Tritt der Garantiefall ein und leistet der Garant nicht, was er soll, so steigert sich das Bekommensollen des Garantitars auf Grund des Haftungsverhältnisses zum Recht des Zugriffs auf das Vermögen des Garanten. Der Zugriff erfolgt in der Regel im Wege der Gerichtshilfe, nur ausnahmsweise durch Selbsthilfe.[28]

II. Abschnitt.

§ 20.

Der Umfang des Rechtsbegriffs der Garantie.

Der Inhalt eines Begriffs spiegelt das logische Wesen eines wissenschaftlichen Gegenstandes wider. Die Begriffsmerkmale bestimmen die Eigenart der durch den Begriff bezeichneten Allgemeinvorstellung. Sie scheiden diese klar und deutlich von anderen Allgemeinvorstellungen der betreffenden Wissenschaft. Der Begriff erhält so seinen ihm zukommenden Platz im systematischen Zusammenhang der Wissenschaft. Wird hierbei allen logischen Anforderungen an die Form der Wahrnehmung sowohl wie des Denkens zugleich genügt, so verbürgt die formale Richtigkeit des Begriffs in diesem vollen Sinne des Wortes auch die materiale Wahrheit der in dem Begriff for-

26) v. Gierke, DPr.R., III, 49; — vgl. § 765 BGB.
27) v. Amira, I, 39 f; 255; es kann auch ein Zustand der Gebundenheit ohne rechtliche Wirkung geschaffen werden; wenn jemand einem Schwimmer verspricht, ohne ein Schuldverhältnis eingehen zu wollen, ihn in einem Kahn zu begleiten, so ist die Gebundenheit keine rechtliche, sondern eine moralische; diese kann als solche durch ein Ehrenwort verstärkt werden.
28) v. Gierke, Schuld und Haftung, 12; DPrR. III, 16; auch Westerkamp, 163.

mulierten Erkenntnis.[1] Das Denkresultat, welches unter Beobachtung aller für das Erkennen geltenden Gesetze, in ständiger Fühlungnahme mit der Wirklichkeit, gewonnen ist, kann mit dieser nicht im Widerspruch stehen.

In diesem Sinne haben wir den Inhalt des Rechtsbegriffs der Garantie zur Darstellung zu bringen versucht durch Partition (Angabe seiner einzelnen Merkmale) und Definition (Zusammenfassung der Merkmale in einem erklärenden Urteile).

Die Logik betrachtet aber weiter auch den Umfang eines Begriffs.

Er ist die Gesamtheit derjenigen Begriffe, deren gleichartige Merkmale den Inhalt des ersten ausmachen.[2] Dieser erscheint hierbei als Gattungsbegriff, die in seinen Umfang fallenden Begriffe als Artbegriffe. Die Gattungsmerkmale sind in den Artmerkmalen eines Begriffs enthalten.[3] Diese werden gewonnen durch Determination, durch Hinzufügung neuer Merkmale zu den Gattungsmerkmalen. Das hat nicht willkürlich, sondern nach den Gesetzen der Logik zu geschehen.[4]

Die Darlegung des Umfangs eines Begriffs ist die Division oder Einteilung. Das Gattungsmerkmal, welches durch Determination erweitert wird, heißt Einteilungsgrund.[5] Die hinzuzufügenden Artmerkmale sind aus dem wissenschaftlich-systematischen Zusammenhange zu entnehmen. Für die Rechtsbegriffe als synthetische ist an die besondere Forderung der Logik an solche Begriffe zu erinnern, daß sie so beschaffen sein müssen, wie sie eine praktische Brauchbarkeit verbürgen.[6] Danach muß sich auch die Determination des Gattungsbegriffes zur Gewinnung von ihm untergeordneten Artbegriffen richten.

Die Einteilung darf nicht ins Uferlose geraten. Die Logik zieht ihr Grenzen. Sie soll nur bis zu Arten abwärts geführt werden, die noch wesentliche Unterschiede zeigen; sehr geringe Unterschiede sollen nicht zur Bildung von Unterabteilungen führen.[7]

Ferner ist an das logische Grundgesetz zu erinnern, daß den allgemeineren Begriffen ein beschränkterer Inhalt, aber ein weiterer

1) Ueberweg, § 3; Erdmann, 10; 16: „Es ist Aufgabe jeder Wissenschaft . . ., ein gedankliches Gegenbild des Seienden zu erzeugen"; 152 f; 208 f.

2) Ueberweg, §§ 53, 54; Erdmann, 201 f.

3) Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 285.

4) Wundt, II, 17 f; 48 f; Sigwart I, 356 ff.

5) Ueberweg, § 63.

6) Bei Vernachlässigung dieser Forderung haben die Rechtsbegriffe nur den Wert einer dialektischen Spielerei.

7) Vor dem Uebermaße warnt Seneca (ep.89): Quidquid in maius crevit, facilius agnoscitur, si discessit in partes quas vero innumerabiles esse et minimas non oportet idem enim vitii habet minima quod nulla divisio; simile confuso est, quidquid usque in pulverem sectum est. — Ebenso Quintilian: Cum fecere mille particulas, in eaudem incidunt obscuritatem, contra quam partitio inventa est. Ueberweg, § 64; Sigwart I, 359.

Umfang zukommt; der weniger allgemeine Begriffe hat einen reicheren Inhalt, aber einen engeren Umfang.[8]

Die vollkommenste Einteilung gründet sich auf die wesentlichen Modifikationen der konstitutiv-wesentlichen oder grundwesentlichen Merkmale. Sie ist durch die Essentialdefinition des einzuteilenden Begriffs bedingt.[9]

Nach diesen Richtlinien der Logik ist der Umfang des Garantiebegriffs darzulegen. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß er zu den niederen Begriffen gehört und einen reichen Inhalt hat. Hieraus rechtfertigt sich die Vermutung, daß sein Umfang nicht weit sein wird.

Die zu beantwortende Frage lautet: Welches sind die Unterarten der durch Garantievertrag begründeten Garantie?

Das Merkmal der Hauptschuld läßt sich nicht weiter determinieren. Es gibt keine wesentlich verschiedenen Arten der Hauptschuld des Garanten. Sie entsteht immer durch Garantievertrag und besteht immer in der von einer anderen Schuld unabhängigen Verpflichtung des Garanten zur Garantieleistung. Es ist hierfür unwesentlich, ob es sich um eine oder mehrere Personen, um natürliche oder juristische Personen als Hauptschuldner handelt.

Die Verpflichtung des Garanten kann, wie früher dargetan wurde,[10] streng oder nicht streng einseitig sein. In diesem Falle übernimmt der Garant Nebenverpflichtungen, im anderen nicht. Dieser Unterschied ist rechtlich und praktisch nicht unwesentlich. In beiden Beziehungen gestaltet sich der Inhalt der Garantie in dem einen oder anderen Falle sehr verschieden. Das rechtfertigt die Einteilung der Garantie in streng einseitige und nicht streng einseitige Garantien.

Die Tragung der künftigen Gefahr bedeutet, der Garant hat bei Eintritt des Garantiefalles den entstandenen Vermögensschaden zu tragen. Ein immaterieller Schaden, wie der Verlust eines Siegespreises, kommt für die Garantie nur in Betracht, wenn die Leistung des Garanten bestimmbar ist, d. h. sich durch einen Vermögenswert ausdrücken läßt. In beiden Fällen, bei Vermögensschaden und Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, muß der Garant einen Vermögensschaden tragen. Aus dem Gesichtspunkt des Unterschiedes zwischen immateriellen und Vermögensschaden lassen sich Einteilungsglieder für die Garantie nicht gewinnen.

Das Gesetz zählt zum Schaden auch den entgangenen Gewinn, (§ 252 BGB.). Der Schaden, welcher in einem Verlust, einer tat-

8) Ueberweg, 114; Stammler, Theorie d. R., 1911, 285.
9) Ueberweg, § 63; Erdmann, 204.
10) S. 55 ff.

sächlichen Verminderung des Vorhandenen besteht, ist von dem Schaden nicht wesentlich verschieden, der sich als Gewinnentgang, als mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Vermehrung des Vorhandenen, darstellt. Gleichwohl ist es zweckmäßig, eine Verlust- und eine Gewinn-Garantie zu unterscheiden. Die wirtschaftliche Form, in welcher die Gewinngarantie praktisch in Erscheinung tritt, ist häufig eine ganz andere als die der Verlustgarantie. Es sei hier an das früher über die Gewinngarantie bei Eisenbahnen Gesagte erinnert.[11]

Die Unterscheidung einer Verlust- und einer Gewinn-Garantie trägt auch dem Gedanken Rechnung, der seinen Ausdruck in der nicht zutreffenden Formel gefunden hat, der Garant hafte für einen Erfolg der Handlungsweise des Garantitars. Gemeint ist hiermit eine Gewinngarantie.

Zu den Verlustgarantien gehört z. B. die Forderungsgarantie. Es wird etwa einem Darlehnsgläubiger Sicherung gegen den Verlust gewährt, der ihm entstehen könnte, wenn sich die Forderung als nicht zu Recht bestehend oder als nicht realisierbar erweist.[12] Hierher gehört auch die Ausbietungsgarantie. Durch diese verpflichtet sich der Garant einem Hypothekar gegenüber, die Gefahr zu tragen, daß die Hypothek bei der Zwangsversteigerung nicht ausgeboten wird, daß sie „ausfällt"[13] Der Garant trägt hier die Gefahr, daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück nicht gezahlt wird. Mit der persönlichen Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, hat er nichts zu tun.[14] Hier zeigt sich deutlich das Wesen der Garantie als einer Hauptschuld, die unabhängig von jeder sonstigen Schuld ist. Das Grundstück schuldet nicht, auch nicht dessen Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist.[15] Noch stärker kommt die Unabhängigkeit der Garantenschuld von einer anderen Schuld in der Ausbietungsgarantie für eine Grundschuld zum Ausdruck. (§ 1192, Abs. I, BGB.).

Als Gewinngarantie sind z. B. die Dividendengarantien für Aktiengesellschaften oder die Staatsgarantien für Eisenbahnen[46]

11) S. 58 ff.

12) v. Gierke, DPrR., III, 776; Förster, 119.

13) Nußbaum, 158 f; Stillschweig, JW. 1914, 334; Fall b, 1; JW. 1919, 372; Staudinger, Ges.Nachtrag 1922, 116; Oertmann, DJZ. 1919, 228 ff.; Goldschmidt in Holdheims MS. 22, 28; Zschaler, 842; RG. 72, 138; 86, 280; 93, 236; Warn. 1913, No. 9, 1914 No. 74; 1916, 206; JW. 1916, 904; Gruchot, 60, 1005; über die Frage, ob in der Ausbiet.-Gar. eine Versich. gegen Hypothekenausfall liegt, vgl. Veröff. d. Aufsichtsamts f. Priv.Vers. 1912, 9; auch Stillschweig, a. a. O. Fall 2, b, spricht von gegenseitg. Ausbiet.Gar.; vgl. Danz, 235.

14) Zschaler, 842.

15) Wolff, SaR. § 131; die Befriedigung des Hypothekars aus dem Grundstück erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB.).

16) Aufzählung solcher Garantien bei Groß, die Staatssubventionen f. Privatbahnen, 1882, S. 115, ff.

anzusehen. Hier hat der Garant die Gefahr zu tragen, daß der aus dem Unternehmen zu erwartende Gewinn möglicherweise nicht erzielt wird. Tritt dieser Fall ein, so hat er den Betrag des entgangenen Gewinns in dem vertraglich vereinbarten Umfange aus seinem Vermögen zu zahlen. Dafür, daß der Gewinn erzielt wird, hat er als Garant, wie früher betont wurde, keine Tätigkeit zu entfalten. Man kann sagen, der Garant garantiert nicht positiv den Eintritt eines Erfolges, sondern negativ das Ausbleiben eines Schadens; er wird hinsichtlich des Erfolges nicht aktiv, sondern verhält sich passiv. Die Besorgnis des Garantitars, deren Beseitigung die Garantie bezweckt, geht nicht dahin, daß er einen Erfolg haben werde, sondern dahin, daß ihm (durch Gewinnentgang) ein Schaden entstehen könnte.[17]

Die Verschiedenheit der Handlungsweise des Garantitars, für welche die Garantie übernommen wird, schafft keine wesentlichen Artunterschiede in der Garantie. Es ist für das Wesen der Garantie gleichgültig, ob sie sich auf einen einzelnen Obligationstatbestand bezieht oder auf ein Unternehmen des Garantitars, das einen Komplex von tatsächlichen und rechtlichen Handlungen desselben umfaßt wie etwa ein Fabrikunternehmen, eine Eisenbahn, eine Gewerbe-Ausstellung.[18]

Je nach dem gewählten Einteilungsgrunde läßt sich die Garantie in zwei Nebenarten einteilen: Streng einseitige und nicht streng einseitige Garantien oder Verlust- und Gewinn-Garantien.

In diesen Arten erschöpft sich der Umfang der Garantie.

§ 21.

Der sprachliche Sinn des Wortes „Garantie“ verglichen mit dem des Wortes „Gewährleistung“ im BGB.

Das nhd. Wort gewähren stammt von dem ahd. Adjektivum „war“. Dieses hatte eine doppelte Bedeutung. Es hat einmal mit langem Vokal, wur, den Sinn von verus, dann mit kurzem Vokal, war, den von cautus.[1] Das Adjektivum war lautet verstärkt giwar oder gawar. Das ahd. Verbum heißt gawara oder giweren, nhd. gewähren.[2]

17) Im Falle der Gewinngarantie garantiert der Garant nicht, wie Hachenburg, 103, meint, ein Resultat und zwar das des Gewinnes.

18) Die Einteilungen Försters, 152, und Bindewalds, 16, lassen sich logisch nicht rechtfertigen; Köstlich, 74 ff.; lehnt einen Unterschied zwischen Garantie für ein Unternehmen und eine einzelne Obligation ab, schließt sich aber der Einteilung Försters in Forderungs- und Schuldgarantie an, die indessen einen praktischen Wert nicht hat.

1) Grimm, DtWb., Bd. 4, Abt. 1, Teil 3, Sp. 4759, 4763, 4784. — cautus = sichergestellt, gesichert, sicher; Subst. cautio, zusammengezogen aus cavitio (cavere); Georges, Lat. Dtsch. HdWb. Lpzg. 1879, s. v. cautio.

2) Grimm a. a. O.

Zu „war“ in der Bedeutung von cautus gehört das Substantivum „wara“ gleich cautio, Sicherheit, Sicherstellung, Bürgschaft. Verstärkt heißt das Substantivum „die Gewahr“.[3] Aus dem einfachen wara, afries. warende, warande, ist das latinisierte warandia[4] geworden. Germanisches W im Anlaut verwandelt sich im Romanischen in G.[5] So wurde im Französischen aus warandia das Wort Garantie.[6] Dieses hat also nach seiner sprachlichen Entwicklung die Bedeutung von cautio gleich Sicherheit, Sicherstellung, Bürgschaft. Im Rechtsgebrauch hat cautio auch die Bedeutung einer Zusage der Schadloshaltung.[7]

Dieser sprachliche Sinn des Wortes Garantie stimmt mit dem Begriff der Garantie als eines Sicherungs-Schuldverhältnisses, kraft dessen der Garant zur Schadloshaltung verpflichtet ist, überein.

In dem Wort Garantie ist nach seiner sprachlichen Entwicklung aber auch das Moment des Zukünftigen enthalten.

In dem nhd. Verbum Gewähren sind verschiedene Bedeutungsgruppen der durch Ableitung von dem ahd. war gebildeten Wörter vereinigt. Die Verschiedenheit der Bedeutungsgruppen erklärt sich daraus, daß die einzelnen Bedeutungen entweder auf den Stamm war gleich verus oder war gleich cautus zurückgehen. Hierzu kamen Berührungen und Kreuzungen der aus diesem Wortstamm abgeleiteten Wörter.[8]

Das nhd. Wort gewähren enthält also auch den Wortstamm war gleich verus. Soweit es auf diesen zurückgeht, hat es hauptsächlich die Bedeutung von leisten, erfüllen, bezahlen, gewährleisten erhalten.[9] Dem verstärkenden giwar geht hier das Substantivum giwerida gleich Gewährleistung zur Seite.[10]

Die Grenzlinie nun, welche die beiden Bedeutungsgruppen des Wortes gewähren, nämlich gewährleisten und sichern (bürgen), voneinander trennt, ist die Linie, welche die Gebiete des Gegenwärtigen und Zukünftigen voneinander scheidet.

Gewährleisten als Ableitung von war gleich verus knüpft immer an Tatsachen an, die der Vergangenheit oder der G e g e n-

---

3) Ders. a. a. O., Sp. 4763.
4) Weigand I, Sp. 621, s. v. Garant; Grimm a. a. O. u. Sp. 4801.
5) Stucke, S. 421, No. 1129, Z. 1.
6) Grimm, a. a. O. u. Sp. 4801, 4846; Weigand a. a. O. Sanders, s. v. Garantie Grimm, Rechtsaltertümer, II, 143, f, Z. 7.
7) Brinz, Pand. II, 776 f; Förster 82, Anm. 1.
8) Das Nähere bei Grimm DWb., a. a. O. Sp. 4759, 4763, 4784, 4801, 4818, 4846
9) Grimm, WB. a. a. O., Sp. 4818; Lexer, s. v. gewërn; Stucke, a. a. O.; Weigand, I, Sp. 621.
10) Grimm, WB. a. a. O., Sp. 4784, 4818. — giwerida, die ad. gewere ist das spätlatein. vestitura.

wart angehören; gewähren gleich sichern, garantieren als Ableitung von war gleich cautus bezieht sich immer auf künftige Tatsachen.[11]

Hiermit steht auch im Einklang, daß das BGB. den Ausdruck gewährleisten, nicht garantieren, braucht, wenn es sich um das Einstehen, das Haften, die Schadloshaltung für gegenwärtige Mängel der Sache handelt.[12] Der Verkäufer einer Sache z. B. leistet Gewähr für Mängel der Sache heißt, er bezeichnet es als wahr (verus), daß die Sache gegenwärtig (z. Z. des Gefahrüberganges) keine (verborgenen) Mängel hat. Das Gesetz vermeidet es, hier von Garantie des Verkäufers zu sprechen. Dieser ist durch die Gewährleistung nicht verpflichtet, den Schaden zu tragen, den der Käufer durch künftig entstehende Mängel der z. Z. des Gefahrüberganges mangelfreien Sache erleiden könnte.[13]

In § 1807, Abs. 1, Z. 3, BGB. heißt es zwar, die Anlegung von Mündelgeld soll nur erfolgen, „in verbrieften Forderungen, deren Verzinsung von dem Reiche oder einem Bundesstaate gewährleistet ist". Hier handelt es sich jedoch um Gewährleistung im Sinne von Bürgschaft; der Ausdruck gewährleisten ist ungenau gebraucht. Es ist weder Garantie noch Gewährleistung in dem Sinne gemeint, in welchem das BGB. dieses Wort sonst verwendet. Dieser singuläre Fall kann für die hier angestellte Betrachtung ausscheiden.

Aus vorstehenden Darlegungen ergibt sich, daß die Ausdrücke Gewährleistung und Garantie rechtlich auseinander zu halten sind.[14] Es empfiehlt sich nicht, die Abänderung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht durch vertragliche Nebenabrede als Garantie zu bezeichnen.

§ 22.

Einzelne Garantiefälle.[1]

Maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis eine Garantie sei, ist nicht

11) Grimm WB. a. a. O., Sp. 4846, s. v. gewähr, 1, a.

12) BGB. § 459 ff; 492, 493; 523; 524; 1624; 2376, vgl. RG. 52, 1, 429 ff. Gruchot, 51, 937: „Die Zusicherung von Eigenschaften, die in der Gegenwart (z. Zt. des Gefahrüberganges) vorhanden sein oder in der Vergangenheit bestanden haben sollen, rechtfertigt die Anwendung der §§ 459 ff. BGB." — Mängel verkaufter Rechte, auch solcher, die mit Wertpapieren verbunden sind, unterstehen den darüber geltenden Vorschriften; Enneccerus, § 331, III.

13) Das Gleiche gilt von zugesicherten Eigenschaften; der Verkäufer sichert das gegenwärtige (z. Z. des Gefahrüberganges) Vorhandensein der Eigenschaft zu. Ihr Fehlen zu dieser Zeit begründet die Gewährleistungspflicht; Enneccerus § 331, II, 2.

14) Der Meinung Canthals, 18 f., es empfehle sich, die Abänderung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht durch vertragliche Nebenabrede als Garantie zu bezeichnen, kann ich nicht beipflichten. Ebenso empfiehlt es sich nicht, die Zusich. einer gegenwärt. Eigenschaft Garantie zu nennen, wie Fischer-Henle, Anm. 9 zu § 459, es tut.

1) Siehe auch die Beisp. bei Stammler, a. a. O. 69, 3—5, 78—84. 140.

der von den Parteien gewählte Ausdruck bei Begründung dieses Rechtsverhältnisses, sondern die rechtliche Natur des von ihnen Gewollten.[2]

Erforderlich für eine Garantie ist ein selbständiges Sicherungsversprechen, es darf sich nicht um eine Nebenverpflichtung als inhaltliches Bestandstück eines anderen Schuldverhältnisses handeln. Der Garant muß Hauptschuldner, kann nicht Nebenschuldner sein. Er muß sich unentgeltlich zur Tragung der künftigen Gefahr einer bestimmten Handlungsweise des Garantitars verpflichten. Nur ein künftiger, nicht ein gegenwärtiger (verborgener) Schaden kommt in Betracht.

1. Die Gemeinde W. bedarf eines neuen Schulhauses. Der Ankauf eines bestimmten Hauses, das als Schulhaus verwendet werden soll, ist geplant. Zur Verwendung dieses Hauses als Schulhaus ist die Genehmigung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde erforderlich. Die Genehmigung ist noch nicht erteilt. Die Gemeinde trägt daher Bedenken, das Haus anzukaufen. Bei den amtlichen Verhandlungen über die Frage des Ankaufs erklärt der Bürgermeister dem Gemeinderat, er habe das Haus auf seine Zwecktauglichkeit hin durch einen Bauaufseher untersuchen lassen und dieser habe erklärt, zu Bedenken wegen Erteilung der behördlichen Genehmigung sei ein Anlaß nicht gegeben. Die Gemeinde solle nur ruhig das Haus kaufen. Sollte die Genehmigung wider Erwarten nicht erteilt werden, so werde er, der Bürgermeister, das Haus für sich behalten. Darauf kauft die Gemeinde das Haus. Das Kreisamt als vorgesetzte Verwaltungsbehörde erteilt die Genehmigung nicht. Die Gemeinde verlangt von den Erben des inzwischen verstorbenen Bürgermeisters Tragung des Schadens, den sie durch den Erwerb des Hauses erlitten hat. Der Klageanspruch ist aus Garantie begründet.[3]

2. Der minderjährige F. W. stellte drei Wechselakzepte aus. Der Kläger M. hatte dem Beklagten St. B. erklärt, er würde die Wechsel nur dann erwerben, wenn dieser ihm für die pünktliche Einlösung haftete. Der Beklagte hatte daraufhin dem Kläger eine schriftliche Erklärung ausgehändigt, seine Unterschrift anerkannt und hinzugefügt, er würde doch dem Kläger für die Wechsel gut sein; er stände dafür ein, daß die Wechsel überhaupt gar nicht zum Vorschein kämen, sie würden schon vor Verfall eingelöst werden. Die schriftliche Erklärung hat folgenden Wortlaut:

2) RG. 90, 417; Rspr. 20, 327; 28, 224; HanseatGerZtg. 1905; Beibl. 29.
3) RG. 17, 109 f; 113 f.

„Der endesunterzeichnete Realitätenbesitzer St. W. übernimmt hiermit die Haftung, daß die von F. W. ausgestellten Wechselakzepte, fällig am 25. 6. 1903, am Verfalltage pünktlich eingelöst werden." Der Kläger erwarb die Wechsel, die nicht eingelöst wurden. Der Beklagte haftete als Garant.[4]

3. Der Beklagte hatte eine hypothekarisch gesicherte Forderung von 10 000 M. gegen E. an die Witwe F. abgetreten und zwar unter Garantie „für den richtigen Eingang und die jetzige und die zukünftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners". Die Witwe H. hatte gegenüber der Witwe F. die Bürgschaft für die Schuld des E. übernommen. Später wurde das Zwangsversteigerungsverfahren in das belastete Grundstück eingeleitet. Im Laufe dieses Verfahrens, am 25. 1. 08, trat die Witwe F. ihre Forderung an die Klägerin, eine Handels-Gesellschaft, ab. Am gleichen Tage entließ die Witwe F. die Witwe H. aus der Bürgschaftshaftung. Die Klägerin ist bei der Zwangsversteigerung mit ihrer Forderung von 10 000 M. ausgefallen. Der verstorbene Schuldner E. war vermögenslos. Der Beklagte haftet als Garant der Klägerin für den Ausfall.[5]

4. Der Kläger erwarb von Z. einen Wechsel, über 6 700 M., der am 15. 7. 1911 fällig war. Akzeptant war der Rittergutsbesitzer R. Fr. Diesem schrieb der Kläger am 4. 4. 11, er bäte um Mitteilung ob die Sache mit dem Wechsel in Ordnung ginge und das Akzept von R. Fr. eingelöst würde. Dieser antwortete am 6. 4. 11, die Sache wäre in Ordnung, der Wechsel würde von ihm eingelöst werden. Die Einlösung unterblieb, der Kläger schrieb dem Beklagten, R. Fr., der Wechsel wäre protestiert, er ersuchte um umgehende Einsendung des Betrages mit Kosten. Der Beklagte erwiderte, der Wechsel wäre eingelöst und befände sich in seinen Händen. Es stellte sich nun heraus, daß im ganzen sechs Wechsel genau des gleichen Wortlauts im Umlauf waren. Von diesen waren nach der Behauptung des Beklagten fünf gefälscht, nur einer von ihm akzeptiert. Der Beklagte hatte für die Echtheit des Akzeptes garantiert. Die Anfrage an ihn durch den Kläger konnte nur den Zweck haben, sich über die Echtheit der Unterschrift zu vergewissern. Erklärte der Beklagte die Unterschrift für echt, ohne sich vorher von der Echtheit zu überzeugen, so wollte er für die Echtheit aufkommen. Er wollte für das Akzept einstehen, mochte es echt oder gefälscht sein, so, wie wenn es echt wäre. Er übernahm die Schadensgefahr der Unechtheit des Akzeptes. (Im vorliegenden Falle hatte sich der Be-

4) RG. 61, 157 ff.; 160.
5) RG. 72, 138, 140.

klagte durch Anfechtung seiner Garantie wegen Irrtums unverzüglich nach Kenntniserlangung von den Fälschungen geholfen.)[6]

Es kann nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs- oder Handelssitte eine Garantie auch angenommen werden, die durch stillschweigenden Garantievertrag begründet ist. So im folgenden Fall.

5. Im Saatguthandel wird ein stillschweigendes Garantieversprechen angenommen, wenn statt der gekauften Ware ein aliud geliefert wird. Wird Sommerweizen zur Saat bestellt und statt dessen Wintersaatweizen geliefert, so haftet der Verkäufer kraft eines stillschweigenden Garantievertrages. Die Eigenschaft des Saatguts ist erst durch die Aussaat feststellbar. Bei Verneinung einer stillschweigenden Garantie wäre der Käufer dem Verkäufer auf Gnade und Ungnade preisgegeben. Nur der Verkäufer, der vom Erzeuger gekauft hat, ist in der Lage, sich durch ein zweifelfreies Ursprungsattest Sicherheit zu verschaffen. Unterläßt er dieses, so muß er als Garant seinem Käufer haften.[7]

6. Der Beklagte verkaufte als Vertreter der Maschinenfabrik P. an die Klägerin mehrere Maschinen. Die Klägerin wollte den Kaufpreis in Raten zahlen. Die Firma P. ließ sich darauf nur in der Weise ein, daß die Klägerin fortlaufend je in Höhe des Restkaufgeldes Dreimonatsakzepte geben sollte. Das stellte für die Klägerin eine große Gefahr dar. Wenn die Firma P. die Wechsel nicht dem Vertrage gemäß pünktlich einlöste, so kam die Klägerin in die Lage, vertragswidrig und unerwartet auf den ganzen Betrag wechselmäßig in Anspruch genommen zu werden. Da die Firma P. mit der Abschlagszahlung regelmäßig ein neues Akzept erhielt, während der alte Wechsel noch lief, entstand für die Klägerin die weitere Gefahr, daß die Firma P. den neuen Wechsel vertragswidrig begab, ehe sie den alten eingelöst hatte. Die Klägerin konnte dann doppelt, aus beiden Wechseln, in Anspruch genommen werden. Gegen diese Gefahren wollte sich die Klägerin schützen. Sie wandte sich daher an den Beklagten mit der schriftlichen Erklärung, sie nähme die Zahlungsbedingungen der Firma P. nur an, wenn der Beklagte ihr die Zusicherung gäbe, die fälligen Wechsel würden von der Firma P. pünktlich eingelöst werden und aus der Hingabe neuer Wechsel der Klägerin keine Unannehmlichkeiten entstehen. Darauf erwiderte der Beklagte brieflich, er verpflichte sich „ebenso wie die Firma P.“ der Klägerin gegenüber, „daß von ihr alle drei Monate

6) RG. 82, 337; 339; SeuffA. 64, 288; 290.
7) RG. 103, 77 ff; 20, 91; ROHG. 7, 409; vgl. Ennecerus § 331, II, 1, c

nur die vereinbarten Teilzahlungen zu begleichen sind und daß die Firma P. jedes Mal den nach der jeweiligen Teilzahlung zu prolongierenden Rest pünktlich selbst decken wird"; den Rest hätte die Klägerin per drei Monate wieder zu akzeptieren. — Die Firma P. löste einen bei der Leipziger Bank zahlbaren Wechsel über 11 594,20 M. trotz pünktlicher Ratenzahlung der Klägerin nicht ein, die Bank ließ den Wechsel protestieren. Die Klägerin mußte diesen Wechsel selbst einlösen. Den von ihr akzeptierten neuen Wechsel hatte die Firma P. anderweitig in Zahlung gegeben. Die Firma P. geriet dann in Konkurs. Die Klägerin wurde auch aus ihrem neuen Akzept in Anspruch genommen und löste auch dieses ein. Hierdurch ist ihr Zinsverlust und sonstiger Schaden entstanden. Der Beklagte wurde als Garant zur Tragung des Schadens verurteilt.[8]

7. Der Kläger hatte ein Grundstück, das in der Landgemeinde H. lag, von den Beklagten gekauft. Diese hatten bei den Kaufverhandlungen eine Planskizze vorgelegt, nach der die Bebauung des Grundstücks mit sieben Häusern in geschlossener Bauweise (ohne Zwischenräume zwischen den einzelnen Häusern) vorgesehen war; diese Bauweise war in der Landgemeinde H. zugelassen. Die Häuser sollten nach der gleichen Skizze an einer Straße liegen, die angeblich projektiert war. Die Beklagten verpflichteten sich, dem Kläger für den Bau jedes Hauses 6000 M. Baugelddarlehen zu geben. Der Kläger verpflichtete sich, mit dem Bau des ersten Hauses sofort zu beginnen. Die Landgemeinde H. war inzwischen in die Stadt H. eingemeindet worden. Hier war nur offene Bauweise zulässig. Der Kläger erhielt daher die beantragte Baugenehmigung für geschlossene Bauweise nicht, sein Einspruch gegen Versagung der Genehmigung wurde verworfen, weil eine ortspolizeiliche Verordnung der Stadt H. offene Bauweise vorschrieb. Die Beklagten hafteten als Garanten.[9]

8. Die Klägerin, eine Kreditbank, gab der Witwe R., Inhaberin einer Bauunternehmer-Firma, ein Darlehen von 30 000 M. Zur Sicherung gab der Sohn der Darlehensnehmerin einen Wechsel über 30 000 M. und trat eine Hypothek von 30 000 M. ab, die für ihn auf einem Grundstück seiner Mutter eingetragen war; schließlich stellte er eine Urkunde folgenden Inhalts aus:

„Sollte das Grundstück zur Versteigerung kommen und die Kreditbank genötigt sein, dabei mitzubieten, um diese Hypothek auszubieten, so verpflichte ich mich, auch meinerseits soweit Gebote auf das zu versteigernde Grundstück abzugeben und erforderlichenfalls

8) RG. Gruchot 51, 591 ff.; (VI. Z. S. 24. 9. 1906).
9) RG. Gruchot, 51, Beil. 935 ff. = JW. 1906, 712, Z. 8.

das letztere zu erstehen, damit die Kreditbank wegen ihrer auf die ihr abgetretene Hypothek gezahlten Valuta nebst Zinsen und Kosten vollständig gedeckt wird."

Hierin ist eine Ausbietungsgarantie zu erblicken. Der Klägerin ist garantiert, daß ihr aus der Zwangsversteigerung keine Verluste entstehen werden. Wie diese von ihr abgewendet werden, in welcher wirtschaftlichen Form der Garant die Gefahr eines Ausfalls der Klägerin in der Zwangsversteigerung und den damit verbundenen Schaden trägt, ob durch Mitbieten und Erstehen des Grundstücks oder durch Erstattung der Schadensbeträge an die Klägerin, falls diese selbst mitbieten und das Grundstück erstehen müßte, ist sachlich belanglos und für die Beurteilung der Garantie ohne Einfluß.[10]

9. Für den Beklagten B. war wegen einer Bauforderung gegen den Eigentümer eines Grundstücks auf diesem eine Hypothek von 11 400 M. eingetragen. B. trat diese Hypothek später an die Witwe P. ab. Dieser hatte er eine als Bürgschaft bezeichnete Urkunde ausgestellt, in der er seiner Zessionarin in Ansehung der Hypothek von 11 400 M. erklärte, er übernehme „dergestalt für den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks die Bürgschaft", daß er im Falle eines Zwangsverkaufs der Frau P. für einen Teil ihrer Hypothek bis zu 8 700 M. nebst Zinsen seit 1. 4. 1911 persönlich hafte. Die „Ausfallsbürgschaft" gelte also nicht, wenn in obiger Teilhöhe Frau P. aus dem Grundstück befriedigt werde.[11]

10. Kläger hatte dem Beklagten erklärt, er lieferte an den Bauunternehmer K. nicht, da dieser nicht gut wäre. Darauf hatte sich der Beklagte dem Kläger gegenüber zur Zahlung verpflichtet, indem er erklärte: „Die Baugelder gehen durch meine Hände, ich zahle Ihnen direkt aus den Baugeldern."[12] In einem ähnlichen Falle hatte der Beklagte auf den Hinweis des Klägers, er müßte mit den Arbeiten aufhören, weil der Bauunternehmer nicht sicher wäre, geantwortet: „Bei mir verliert kein Handwerker etwas, das habe ich schon oft gesagt."[13]

11. Der Beklagte hatte auf Grund einer Ertragsabrechnung das Grundstück des Klägers gekauft. In dem Kaufvertrage hatte der Kläger die „selbstschuldnerische Bürgschaft" übernommen für die vom Mieter B. zu zahlende, aber nicht gezahlte Miete. Es handelt sich um Garantie.[14]

10) RG. Gruchot, 58, 971 ff.; — vgl. auch RG. 91, 213 ff. über Inhalt und Rechtswirkung einer Ausbietungsgarantie. Begriff des Schadens.
11) RG. Gruchot, 60, 1005 ff.
12) Rspr. 20, 163 ff.
13) Rspr. 20, 236, r, d.

12. Die Zusicherung, die verkauften Tiere würden gesund an ihrem Bestimmungsort eintreffen, ist Garantie.[15]

13. Die Beklagte hatte dem Kläger, der eine Ausstellung veranstalten sollte, bis zur Höhe von 1000 M. Garantie versprochen für den Fall, daß „sich infolge der Vorbereitung, Durchführung oder Liquidation dieser Ausstellung ein Fehlbetrag ergäbe.“[16]

14. Der Vorsitzende des Aufsichtsrates einer Gesellschaft m. b. H. übernimmt die Garantie für ein bestimmtes Liquiditionsergebnis.[17]

15. Die Parteien haben vereinbart, daß ein Zwangsvergleich oder ein außergerichtlicher Nachlaß-Vergleich wie überhaupt ein jeder Vergleich über die „verbürgte“ Forderung die Rechte des Gläubigers gegen den „Bürgen“ nicht berühren sollte.[18]

16. Für die beklagte Ehefrau stand auf einem Grundstück in B. eine Kaufgeldhypothek von 3000 M. eingetragen, die sie am 10. 6. 1905 mit Genehmigung ihres Ehemannes dem Kläger verkaufte und abtrat. In der Abtretungsurkunde erklärten die Beklagten; „Wir leisten ausdrücklich dafür Gewähr, daß die Forderung, wenn sie am 1. 4. 1906 gekündigt wird, vollständig und pünktlich eingeht.“ Der Kläger kündigte am 1. 4. 1906 die Hypothek zum 1. 7. 1906, klagte im Juni 1907 einen Teilbetrag der Hypothek ein, erstritt ein Versäumnisurteil und ließ am 13. 7. 1907 fruchtlos Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Grundstückseigentümers vornehmen. Bei der am 5. 7. 1907 erfolgten Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks fiel die Hypothek nebst Zinsen aus. Der Kläger nahm die Beklagten als Garanten mit Erfolg in Anspruch. Die Beklagten haben nicht eine den Bestand der Hauptschuld voraussetzende Nebenschuld, wie bei der Bürgschaft, sondern eine selbständige Verbindlichkeit übernommen, die auch bestehen blieb, wenn die des Hypothekenschuldners nicht entstand oder weggefallen sein sollte.[19]

17. Dem Kläger ist von der Beklagten in Anrechnung auf den Kaufpreis für zwei Grundstücke eine Grundschuld von 14 000 M. abgetreten worden, welche die Parteien nicht in voller Höhe für sicher hielten. Auf Verlangen des Klägers übernahm der Beklagte zu 1 durch notarielle Erklärung vom 7. 3. 1906 die persönliche Haftung für die Sicherheit der Grundschuld, und auf wei-

14) Rspr. 20, 237, r. γ.
15) Ebenda 33, 71, a. α.
16) Ebenda 34, 78 f.
17) Warn. Jahrb. 1921, S. 9, § 138, 7.
18) JW. 1916, 398, 4.
19) JW. 1910, 231, 8; Gruchot, 49, 906; 51, 723; RG. 61, 157.

teres Verlangen des Klägers erklärte die Beklagte in der notariellen Urkunde vom 29. 3. 1906, einen Tag vor der Auflassung, daß sie als dereinstige Eigentümerin der beiden Grundstücke „persönliche Garantie für die Sicherheit und Güte der vorangegebenen 14 000 M. bis zum Betrage von 9000 M." übernehme. „Mit Rücksicht hierauf" verpflichtete sie sich, für den Kläger eine Sicherungshypothek von 9000 M. auf den beiden Grundstücken eintragen zu lassen, was auch geschehen ist.[20] Ein Fall der vertraglichen Beschränkung des Umfangs der Garantiehaftung auf eine Leistung von 9000 M.

18. Die Beklagten hatten ihre Wohnung gegen eine hohe Abstandssumme vermietet. Solche Abstandssummen haben im allgemeinen auch die Bedeutung, der Vermieter wolle dafür einstehen, daß dem Wohnen des Mieters in der Wohnung keine Hindernisse tatsächlicher oder rechtlicher Natur entgegenstehen. In diesem Sinne wird daher ein neben dem Mietvertrag stillschweigend abgeschlossener Garantievertrag für ungestörte Benutzung der Wohnung durch den Mieter angenommen. Im vorliegenden Falle war die vermietete Wohnung z. Z. des Vertragsabschlusses vom Wohnungsamt beschlagnahmt, die Beschlagnahme aber von den Vermietern gegenüber dem Mieter für ungerechtfertigt erklärt und deren Aufhebung in Aussicht gestellt worden. Das Wohnungsamt hob die Beschlagnahme nicht auf und verlangte vom Kläger, dem Mieter, eine Summe zur Ablösung der Wohnung von der Zwangswirtschaft. Die Beklagten wurden als Garanten zur Zahlung dieser Summe an den Kläger verurteilt.[21]

19. Kraft gesetzlicher Bestimmung haftet der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts für den rechtlichen Bestand (Verität) der Forderung oder des Rechts.[22] Es empfiehlt sich nicht, hier von stillschweigender Garantie zu sprechen,[23] die sich immer auf künftigen Schaden bezieht. Hier liegt ein gegenwärtiger Mangel im Recht vor, für den der Verkäufer Gewähr zu leisten hat.[24]

---

20) JW. 1912, 455 f.
21) JW. 1925, 1136, 6.
22) BGB. § 437.
23) So z. B. Planck-Knoke, 1923, S. 660 zu § 437; Enneccerus, § 329, II, 3; vgl. aber Anm. 11 daselbst; Bendix, 326; Goldmann-Lilienthal, Anm. 2 zu § 437 BGB.; wie hier, aber mit anderer Begründung, Averdunk, 19/20.
24) Siméon-David, I, 1, 409, b: Der Verkäufer haftet nach Art eines Garantieversprechens. — Ist es objektiv unmöglich, daß das verkaufte Recht entstehen kann, z. B. ein rechtlich unzulässiges Gebrauchsmuster, so haftet der Verkäufer nicht und der Vertrag ist nach der allgemeinen Regel des § 306 unwirksam. So RG. 68, 292; vgl. RG. 73, 210; vgl. auch Ennecc. § 331, III und Anm. 34 daselbst; Bendix, 328, 329.

Uebernimmt der Verkäufer einer Forderung die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners — für Bonität der Forderung —, so ist nach der Auslegungsregel des Gesetzes die Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit z. Z. der Abtretung, also auf gegenwärtige Zahlungsfähigkeit, zu beziehen.[25]

Ergibt die Auslegung des Parteiwillens aber, daß der Verkäufer die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners z. Z. der (künftigen) Fälligkeit der Forderung übernehmen wollte, dann ist Garantie gewollt. Das wird in der Regel anzunehmen sein, wenn der Verkäufer verspricht, für den „Eingang" oder die „Einbringlichkeit" der Forderung einstehen zu wollen.[26]

In der Rechtsprechung werden Zusicherungen, daß eine z. Z. des Gefahrüberganges vorhandene Eigenschaft auch in Zukunft fortdauern oder daß eine nicht vorhandene Eigenschaft in Zukunft vorhanden sein werde, schlechthin als Gegenstand eines Garantievertrages bezeichnet.[27] Es wird hier aber zu beachten sein, daß der Ausdruck „Garantie" im Verkehr eine sehr verschiedene Bedeutung hat. Oft wird eine Garantiefrist nur in dem Sinne bestimmt, daß die gesetzliche Frist zur Geltendmachung der Sachmängel, wegen deren Gewährleistungspflicht besteht, verlängert, insbesondere der Beginn der Verjährung hinausgeschoben wird.[28] Es wird in jedem einzelnen Falle der Parteiwille festzustellen sein, um zu entscheiden, ob ein stillschweigender, selbständiger, verbundener Garantievertrag geschlossen oder nur die gesetzliche Gewährleistungspflicht verlängert sein sollte.

Gemäß § 538, Abs. 1, BGB. kann der Mieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn beim Abschluß des Mietvertrages ein Mangel der Mietsache vorhanden ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert; auf ein Verschulden des Vermieters kommt es nicht an. Diese gesetzliche Bestimmung beruht nach mehrfach vertretener Ansicht „auf der Unterstellung des Gesetzes, daß der Vermieter eine den vertragsmäßigen Gebrauch des Mieters bedingende Tauglichkeit der Mietsache stillschweigend garantiert hat."[29] Hier handelt es sich jedoch um Gewährleistung für gegenwärtige (verborgene) Mängel.

---

25) BGB. § 438.
26) Enneccerus, § 329, Anm. 12; — Ebbecke, 819.
27) JW. 1906, 712, No. 8; Gruchot, 51, 935.
28) Siméon-David, I, 1, 415, Anm. 21; RG. 63, 119; Rspr. 38, 120.
29) Mot. II, 377; Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, Berlin, 1909, 173 f. Planck, zu § 538, 1, a; Goldmann-Lilienthal, § 154 bei Nr. 8; Endemann, § 168, Note 16; Enneccerus, § 350, Anm. 17; RG. 52, 174. — Vgl. auch Mittelstein, a. a. O. 135.

III. Abschnitt.

§ 23.

Der Garantiegedanke in den Rechtsordnungen der alten Kulturvölker.

Im babylonischen wie im assyrischen Recht wurde streng zwischen Schuld und Haftung unterschieden. Der Hafter hieß Bürge. Er war lediglich Hafter ohne eigene Schuld. Er haftete einem anderen, d. h. er war ursprünglich mit seiner Person, später mit seinem Vermögen der Zugriffsmacht des anderen unterworfen, wenn ein bestimmter „Erfolg" nicht eintrat. Dieser Nichteintritt eines Erfolges konnte die Nichtleistung eines Schuldners sein oder irgend ein anderer nachteiliger Umstand. Es machte keinen Unterschied, ob der Bürge einen Einfluß auf den Nicht-Eintritt des nachteiligen Umstandes hatte oder nicht. Trat dieser ein, so war er dem Zugriff des anderen, dem er haftete, schlechthin ausgesetzt. Seine Haftung war pfandartig. Die Bürgschaft, die Haftung „lastet auf ihm" nach dem Ausdruck der Quellen. Begründet wurde das Haftungsverhältnis durch Handschlag.

Es fehlte der babylonisch-assyrischen Bürgschaft ein Wesensmerkmal der heutigen Bürgschaft: Die Akzessorietät.[1]

Beispiele dieser Bürgschaft sind die Gestellungs- und die Stillesitz-Bürgschaft.[2]

Bei der Gestellungsbürgschaft haftete der Bürge dafür, daß der Schuldner sich rechtzeitig mit seiner Person dem Gläubiger zur Verfügung stellen werde, falls er nicht leistete, damit dieser die Personalexekution des alten Rechts vornehmen konnte. Der Bürge war gewissermaßen Vollstreckungsorgan des Gläubigers, dem er bei normalen Gang der Dinge die Leistung des Schuldners übermitteln konnte. Leistete der Schuldner rechtzeitig weder dem Gläubiger noch dem Bürgen, so war dieser dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, den Schuldner als Exekutionsobjekt bereitzustellen. Vermochte er dieses nicht, so war er selbst mit Leib und Leben dem Gläubiger verfallen, er war nunmehr verpflichtet, sich selbst als Ersatzobjekt für den Schuldner dem Gläubiger auszuliefern.[3] Jedoch stand ihm später in der Regel die Befugnis zu, diese Rechtsfolge durch rechtzeitig dem Gläubiger angebotene Erfüllung von sich abzuwenden.[4]

1) Koschaker, 5 f, 24, 43 ff.; 54, 67, 155 ff.; 171; 182.
2) Ders. 44 f.; 48 ff.
3) Vgl. Schillers Bürgschaft.
4) Koschaker, 44 f; 75.

Bei der Stillesitzbürgschaft „garantierte der Bürge für den Fuß des Schuldners", d. h. er stand dafür ein, daß der Schuldner seinen Fuß nicht dazu benützen würde, sich vom Erfüllungsorte zu entfernen. Der Bürge haftete für das Verbleiben des Schuldners am Erfüllungsorte. Ging der Schuldner dennoch an einen anderen Ort, so mußte der Bürge sich an Stelle des Schuldners zur Verfügung stellen.[5] Ein anderes, ähnliches Beispiel ist die Verbürgung dafür, daß Sklaven nicht fliehen werden; widrigenfalls verspricht der Bürge, gleichwertige zu ersetzen.[6]

In diesen Fällen lag die Herbeiführung des Erfolges oder die Abwendung des Mißerfolges in der Macht des Bürgen. Er haftete aber auch für nachteilige Umstände, deren Abwendung er nicht in der Hand hatte. Als ein interessantes Beispiel hierfür erwähnt Koschaker[7] aus den babylonischen Quellen folgende Bürgschaft:[8]
Ellil-ah-iddina und Belsunu, die Söhne des Ellil (...)
und Hatin, Sohn des Bazuzu, haben zu Ellil-nadin-sum, (Sohn des) Murasu folgendermaßen gesprochen:
„Betreffs des Ringes,
dessen Füllung ein Smaragd, der in Gold gefaßt ist, auf die Dauer von 20 Jahren für Nichtherausfallen des Smaragds
aus dem Goldringe bürgen wir.
Wenn der Smaragd herausfällt
aus dem Goldringe, bevor die 20 Jahre abgelaufen sind,
werden 10 Minen Silber Ellil-ah-iddina, Belsunu (und) Hatin
dem Ellil-nadin-sum geben."
Zeugen, Datum.

Von einer Schuld ist hier keine Rede. Es heißt nicht, „wenn der Stein herausfällt, werden wir 10 Minen zahlen, dafür bürgen wir," sondern: „wir bürgen dafür, daß der Stein nicht herausfällt."

Hier haftet der Bürge für künftige Umstände, welche den Nachteil bewirken können, daß der Stein aus seiner Fassung herausfällt. Der Bürge trägt eine Gefahr.

Das reine Haftungsverhältnis des babylonischen Bürgen für irgend einen nachteiligen Umstand, auf dessen Nichteintritt der Bürge einwirken kann oder nicht, bezeichnet Koschaker als Garantie zum Unterschied von der Bürgschaft im heutigen Sinne. Der Begriff dieser Garantie deckt sich aber nicht mit dem unsrigen. Heute ist jede

---

5) Koschaker, 48 f.
6) Ders. 67.
7) Ders. 155 f.
8) BE. IX, 41, p. 30, 35. Jahr d. Artaxerxes I. (reg. 465—424).

Garantie gleichzeitig ein Schuldverhältnis und ein Haftungsverhältnis, beides auch nur im Sinne einer Gefahrtragung.

Wir müssen danach historisch zweierlei Garantie unterscheiden. Reine Haftungen im engeren und weiteren Sinne des germanischen Rechts (vgl. S. 50f.) und Garantie-Schuldverhältnisse nur im weiteren Sinne der Haftung des germanischen Rechts, im Sinne der Gefahrtragung. Aus diesem Grunde ist es auch nicht zweckmäßig, von unserer heutigen Garantie zu sagen, der Garant hafte für Erfolg oder Mißerfolg. Das trifft zwar mit der Beschränkung auf den Nichteintritt bestimmter Erfolge (z. B. Nichtleistung eines Schuldners) sachlich zu; aber der Garant haftet heute nicht nur, er schuldet auch eine Leistung, ist nicht lediglich dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzt. Für einen Erfolg im Sinne der Herbeiführung desselben haftet er ebensowenig wie für Abwendung eines Mißerfolges. Auch haftet er nicht nur für einen Mißerfolg, sondern auch für andere Umstände, welche einen Nachteil bewirken können; er trägt eine Gefahr.

Die spätere Entwicklung des altbabylonischen Rechts ließ zwar eine Selbstbürgschaft des Schuldners zu,[9] aber auch dann blieben Schuld und Bürgenhaftung zwei getrennte wesentlich verschiedene Rechtsverhältnisse. Die „Garantie" lief als Haftung parallel neben der Schuld einher. Der Schuldner versprach, im Falle seiner Nichterfüllung sich selbst zur Personalexekution zu stellen. Später wurde aus dem Versprechen des Bürgen-Garanten, sich im Garantiefalle dem Gläubiger zu überantworten, ein Schadensersatzversprechen, das gleichfalls selbständig blieb. Es enthielt kein Schuldversprechen noch ein Schulderfüllungsversprechen.[10]

Im neubabylonischen Recht finden sich dann in weiterer Entwicklung der Tendenz, Schuld und Haftung zu verschmelzen, bereits Ansätze zu einem akzessorischen Bürgschaftsrecht.[11]

Die wenigen Quellen aus dem assyrischen Recht lassen eine gleiche Entwicklungsrichtung wie im babylonischen mehr vermuten als nachweisen.

In den hellenistischen Papyri ist gleichfalls die Bürgschaft als Erfolgshaftung in der Form der Gestellungsbürgschaft bezeugt.[12] Danach sollten die Gestellungsgaranten (Ausdruck von Partsch) denjenigen, für den sie eintraten, „übergeben" oder „gestellen". (παραδιδόναι, παριστάναι).

9) Koschaker, 107 f.
10) Koschaker, 155 f; vgl. auch Strohal, Schuldübernahme. 57.
11) Koschaker, 78.
12) Partsch, 186 f; 187 A. 1, woselbst weitere Quellenangaben; 210.

Auch eine Stillesitzbürgschaft war in Aegypten bekannt.[13]

Ebenso kannte das indische Recht ein Gestellungsprivileg des Bürgen.[14]

Ganz ähnlich wie im babylonischen[15] war die Bürgschaft im griechischen Recht eine reine Haftung.[16] Auch das griechische Recht kannte eine Gestellungs- und eine Stillesitz-Bürgschaft.[17]

Die älteste griechische Bürgschaft war eine vertragliche und zunächst vielleicht körperliche, Hand in Hand erfolgende Selbsthingabe einer freien Person zur Haftung für den Fall, daß ein nachteiliger Umstand eintrat. Diese Haftung fand ihren wichtigsten Anwendungsfall in der Haftung für Nichtleistung einer Schuld.[18] [19]

Stand aber die Haftung für Erfüllung einer Schuld ein, so konnte es allerdings zu derselben Erscheinung kommen, wie sie im germanischen Recht klargelegt worden ist. Es lag ein rechtliches Leistensollen für den Bürgensteller vor, ohne daß diesen selbst eine rechtlich durchzusetzende Haftung traf.[20]

Das reine Haftungsverhältnis kam im griechischen Recht schon durch die sprachlichen Wendungen zum Ausdruck, daß sich der Bürge für die Schuld „verpfändete", daß die Schuld ihm „aufgeladen" wurde. Der Gedanke, daß eine Person für eine Schuld pfandartig haften konnte, kam am schärfsten in der Bestellung einer „Hypothek" an einer freien Person zum Ausdruck. In dieser Weise war besonders die Verpfändung von Kindern statthaft und üblich. So wird auch Solons Verbot gegen das δανάζειν ἐπὶ τοῖς σώμασι verständlich.[21]

Der griechischen Bürgschaft fehlte gleichfalls das Merkmal der Akzessorietät.[22]

Später, im Privatrecht der klassischen Zeit, war nicht mehr die Person des Bürgen verfallen, sondern er wurde zur Leistung aus seinem Vermögen verurteilt.[23]

Eine Selbstverbürgung des Schuldners ist im griechischen Recht nicht nachweisbar.[24]

Partsch bezeichnet auch die Bürgschaft des griechischen Rechts mit Garantie.[25] Auch hier muß gesagt werden, daß diese Garantie im

13) Ders., 171.
14) Ders. 37, A. 4; 85, A. 3, b; 186.
15) Koschaker, 73.
16) Das älteste Beispiel bei Homer, Odyssee, 8, 351 ff.
17) Partsch, 159.
18) Ders. 34, 76, 86.
19) Das ist auch die Auffassung der Mot. z. BGB. II, 658, wenn sie sagen: „Der Bürgschaftsvertrag läßt sich als ein besonderer Fall des Garantie-Vertrages auffassen."
20) Partsch, 59, 288, 304.
21) Partsch, 27 ff.; 34, 41.
22) Ders. 130, 166.
23) Ders. 194, 199 f.; 288.
24) Ders. 85.

Sinne einer reinen Haftung ohne Schuld des Haftenden im engeren und weiteren Sinne der Haftung des germanischen Rechts sich mit dem heutigen Begriff der Garantie als eines Schuldverhältnisses und nur einer Gefahrtragung nicht deckt.

Im römischen geschichtlich bezeugten Recht[26] hat das Haftungsverhältnis die Schuld bereits in sich aufgenommen. Hier erscheint die Bürgschaft schon als Schuldverhältnis. Dieses ist nicht nur in seiner Entstehung von dem Vorhandensein einer fremden Schuld abhängig, sondern auch in seiner Fortdauer: die Bürgschaft ist hier bereits zu einem akzessorischen Schuldverhältnis durchentwickelt.

Daneben kannte aber, wie schon früher erwähnt wurde,[27] das römische Recht das Schuldverhältnis der Garantie als einer selbständigen Hauptschuld mit dem Inhalt einer Gefahrtragung, einer Verpflichtung, künftigen Schaden zu tragen. Es sei noch erinnert an die Garantie im römischen Recht in der Form, daß jemand durch Stipulation irgend einen Erfolg oder die Handlung eines anderen versprach. Ein Beispiel aus den römischen Formularen: amplius non esse petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio est erit, ratamque rem habiturum esse Lucium Titium.[28] Auch die cautio auf habere licere (D, 45, 1, 38 pr.), die stipulatio indemnem me praestari (D, 16, 1, 19 pr; 19, 2, 54, pr.) erwähnt sowohl Partsch wie Stammler als Garantiefälle. Der Gläubiger konnte mit dieser Formel Ersatz des ganzen Schadens verlangen, den er durch den Nichteintritt des garantierten Erfolges erlitten hatte.

In Rom gab es gleichfalls eine Gestellungsbürgschaft. Der Schaden war hier begrenzt durch die Vertragsstrafe, die im römischen Vadimonium für den Fall „si non steterit" bestimmt war.[29]

Das germanische Recht kannte keine absolute, von jeder Schuld losgelöste Haftung für irgendeinen nachteiligen Umstand. Die Haftung (im engeren Sinne) setzt zu ihrer Entstehung immer eine Schuld voraus. Sie nahm später die Schuld in sich auf. Schließlich erschien sie als ein Schuldverhältnis, das aus innerer Kraft die Person mit ihrem Vermögen verhaftete.[30]

25) 34 f; 69. 87; 162, 182, 209, 228 f, 304. Dem Nachweis, daß die griechische Bürgschaft nicht ein akzessorisches Schuldversprechen, sondern eine Garantie war, ist das ganze Werk gewidmet; vgl. S. 173 desselben.

26) Für die vorgeschichtliche Zeit wird eine strenge Scheidung von Schuld und Haftung auch im römischen Recht vermutet; vgl. Litt. zu § 19, Note 4.

27) S. 33 f.

28) Lenel, Edikt, 2, 516; Partsch, 166.

29) D. 2, 10, 3, 4; 45, 1, 115, pr.; Partsch 169.

30) v. Gierke, Schuld und Haftung, 1.

Hier liegt der Anknüpfungspunkt für das Verständnis unserer heutigen Garantie. Auch diese ist ihrem innersten Wesen nach ein Haftungsverhältnis, das aber ein Schuldverhältnis in sich aufgenommen hat. Sie ist Haftung für einen Schaden, den der Gläubiger aus einer bestimmten Handlungsweise erleiden könnte.[31] Sie läßt sich als eine vertraglich begründete Haftpflicht bezeichnen. Sie ist kein reines Haftungsverhältnis ohne (eigene) Schuld, auch nicht eine Haftung nur für (fremde) Schuld. Sie ist eine Gefahrtragung. Eine solche Haftung (im weiteren Sinne) kannte auch das altgermanische Recht.

So findet die heutige Garantie in ihrer geschichtlichen Entwicklung die beste Anlehnung beim altgermanischen Recht. Hier ist der Rechtsgedanke vorhanden, der in unserer heutigen Garantie weiterlebt.

Schlußwort.

§ 24.

Aus den Darlegungen über den Rechtsbegriff der Garantie ergibt sich ihr innerstes logisches Wesen und ihre Stellung im heutigen Rechtssystem.

Als eine vertraglich begründete Haftpflicht für Schaden hat sie sich aus derselben Wurzel entwickelt wie die Bürgschaft. Diesem akzessorischen Schuldverhältnis gegenüber stellt sie sich aber als eine frühere Stufe der Entwicklung dar.

Die älteste Bürgschaft hat sich von der ursprünglichen reinen Haftung und zwar für irgendeinen nachteiligen Umstand, im altgermanischen Recht nur für Nichtleistung einer Schuld, zu einem differenzierten Schuldverhältnis durchentwickelt. Sie ist zu einer vertraglichen Haftungsschuld geworden, die in ihrer Entstehung und ihrem Fortbestande von einer fremden Schuld, für die sie bürgt, abhängig, akzessorisch ist. Das gilt vom römischen und deutschen Recht; im babylonischen finden sich wenigstens Ansätze zur Akzessorietät, während eine solche im griechischen Recht nicht nachweisbar ist.

Die Garantie hat als Hauptschuld ihre Unabhängigkeit bewahrt. Sie hat keinerlei Beziehungen zu einer Hauptschuld. In der Tragung der Gefahr einer fremden Handlungsweise, die mit einem Mißerfolg endet, hat die Garantie eine gewisse Fühlung mit der

31) Ders. P.Pr.R. III, 49.

Haftung im weiteren Sinne des germanischen Rechts behalten. Sie ist aber kein reines Haftungsverhältnis, sondern eine Haftungsschuld.[1] Der Garant ist auch nicht zur Aktivität hinsichtlich des garantierten Erfolges, sondern nur zur Tragung des künftigen Schadens verpflichtet.

Garantie und Bürgschaft sind zwei verwandte Sicherungs-Schuldverhältnisse, die sich in geschichtlicher Fortentwicklung des Rechts aus dem alten Haftungsgedanken, dem Rechtsgedanken der Garantie im weiteren Sinne des Wortes, herausgebildet haben. Die heutige Garantie erscheint vom historischen Gesichtspunkt aus gegenüber der heutigen Bürgschaft als frühere Entwicklungsstufe, hat aber ihre Lebensfähigkeit nicht eingebüßt.

1) Das gilt ebenso von der Garantie wie von der Bürgschaft; vgl. v. Gierke, DPrR. III, 774 f.; die Meinung von Isay, IherJ. 48, 193 ff., die heutige Bürgschaft sei reines Haftungsverhältnis, hat nur vereinzelt Zustimmung gefunden.

Lebenslauf.

Zu Breslau bin ich als Sohn des Staatsarchiv-Sekretärs Alfons Schuster und seiner Ehefrau Agnes, geb. Menzel, am 5. November 1877 geboren. Ich besuchte das Matthiasgymnasium in Breslau, das ich Ostern 1897 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Danach war ich bei der Bergwerks-Gesellschaft Georg von Giesches Erben als Lehrling tätig. Am 23. Oktober 1897 wurde ich an der Universität Breslau immatrikuliert und studierte Theologie. Am 24. Juni 1901 wurde ich ordiniert.

Ich war in der Seelsorge tätig und widmete mich gleichzeitig philologischen Studien. Am 9. Februar 1907 bestand ich bei der Wissenschaftlichen Prüfungs-Kommission in Breslau die Prüfung für das Lehramt an höheren Schulen. Ich war an den Gymnasien in Sprottau, Landeshut i. Schl. und am Matthiasgymnasium in Breslau beschäftigt.

Am 5. Dezember 1912 wurde ich an der Universität Berlin immatrikuliert, wo ich juristische Vorlesungen hörte. Das Studium mußte ich wegen meiner Einziehung zum Heere unterbrechen. Ich war Soldat bis zum Kriegsende. Im Felde habe ich mir einen schweren Gelenkrheumatismus und eine damit zusammenhängende Augenerkrankung zugezogen, die mich durch wiederholte Rückfälle an der Fortsetzung des Studiums nach Schluß des Krieges hinderten. Hierzu kommen als weiteres Hemmnis die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Nachkriegszeit.

Am 13. Juli 1925 habe ich die 1. juristische Prüfung beim Kammergericht bestanden. Zur Zeit bin ich einem Rechtsanwalt und Notar zur Ausbildung überwiesen.